FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

# L'INCAPACITÉ

DES

# MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE

## EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉS

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 9 novembre 1933 à 15 heures*

PAR

**Emile BOURSIER**

*Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes.*
*Avocat stagiaire.*
*Attaché au Parquet de la Cour d'Appel de Rennes.*

*Président :* M. TRASBOT, *professeur.*

*Suffragants* { MM. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *professeur.*
LENOAN, *professeur.*

MAYENNE
IMPRIMERIE FLOCH
—
1933

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543513_0041

# THÈSE

POUR

# LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

# L'INCAPACITÉ

DES

# MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE

## EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉS

THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 9 novembre 1933 à 15 heures*

PAR

**Emile BOURSIER**

*Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes.*
*Avocat stagiaire.*
*Attaché au Parquet de la Cour d'Appel de Rennes.*

*Président :* M. TRASBOT, *professeur.*

*Suffragants* { MM LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *professeur.*
LENOAN, *professeur.*

MAYENNE
IMPRIMERIE FLOCH

1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# L'INCAPACITÉ
DES
# MÉDECINS, PHARMACIENS et MINISTRES du CULTE
# EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉS

## INTRODUCTION

L'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte n'est qu'une des nombreuses incapacités édictées par le Code en matière de libéralités. Le législateur s'est montré, en effet, vis-à-vis des actes à titre gratuit d'une très grande sévérité. Alors qu'il apparaît plutôt favorable aux actes à titre onéreux et en facilite le plus possible la formation, il fait preuve, au contraire, à l'encontre des donations et des legs d'une hostilité très marquée. Cette hostilité, puisée d'ailleurs dans notre ancien droit, se manifeste à chaque instant dans notre Code par l'existence de formalités nombreuses entourant leur formation et leur exécution, et par l'existence d'incapacités multiples édictées contre des catégories importantes d'individus.

Pourquoi vis-à-vis des libéralités le Code s'est-il montré si sévère? La véritable raison de sa sévérité doit être recherchée dans le caractère familial dont est encore fortement imprégné notre droit de propriété individuelle. Le Code a considéré que les biens à la

mort de leur titulaire devaient aller normalement à sa famille, que la famille avait un droit naturel à les recueillir. Aussi a-t-il vu avec défaveur les actes susceptibles de porter atteinte à ce droit, en particulier les donations et les legs. Sa défaveur s'est étendue même aux libéralités adressées au sein de la famille, ces libéralités permettant au disposant d'avantager un de ses enfants au détriment des autres, fait qui porte gravement atteinte au grand principe de l'égalité successorale qui domine dans notre droit toute la matière des successions. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les rédacteurs du Code se soient montrés si hostiles aux actes à titre gratuit et aient essayé de les réduire le plus possible dans leur nombre et dans leurs effets.

En vue d'assurer la transmission de l'héritage du *de cujus* à ses parents, ils ont commencé, lorsque celui-ci laisse des descendants ou des ascendants, par rendre une partie de ses biens indisponible entre ses mains par l'institution de la réserve; ils ont ensuite, en ce qui concerne la quotité disponible, rendu difficile la transmission à titre gratuit en entourant les donations et les legs de formalités nombreuses : forme authentique des donations, présence obligatoire de témoins, acceptation et notification de l'acceptation; formalités nombreuses dans le testament authentique et encore assez importantes dans le testament olographe, puisque celui-ci, doit être écrit très strictement, en entier de la main du testateur, daté et signé.

A cette hostilité d'ordre général basée sur le désir du législateur d'assurer la transmission des biens à la

famille, s'ajoutent d'autres considérations particulières qui lui ont fait regarder la libéralité comme dangereuse pour le disposant lui-même, et lui ont fait prendre toute une série de mesures, en vue de le protéger. La libéralité, en effet, entraîne de la part du donateur et du testateur un appauvrissement sans aucune contrepartie. N'est-il pas à craindre, dès lors, que le disposant, cédant à un entraînement irréfléchi, ne se dépouille de la presque totalité de ses biens? C'est pour lutter contre ces entraînements irréfléchis également que le Code a entouré les libéralités de formalités nombreuses, susceptibles de faire comprendre au donateur ou au testateur toute la gravité de son acte et de nature à le faire réfléchir. C'est encore pour éviter ces entraînements qu'il est allé jusqu'à édicter contre certaines personnes ne jouissant pas d'une volonté ou d'une intelligence suffisantes, une véritable incapacité de disposer : mineurs en matière de donations, mineurs de moins de seize ans en matière de legs, interdits judiciaires, ou une restriction à cette capacité : mineurs de plus de seize ans en matière de legs, prodigues et faibles d'esprit pour les donations. N'est-il pas à craindre surtout, et c'est ce que le Code a redouté le plus, que les libéralités ne soient que le résultat de la part du gratifié, d'une captation provoquée par des manœuvres frauduleuses ou par des abus d'influence; d'où s'expliquent l'extension donnée en matière d'actes à titre gratuit à la notion de dol et les nombreuses incapacités de recevoir édictées contre certaines personnes susceptibles d'exercer une assez forte

influence sur l'esprit du disposant : tuteurs, médecins, pharmaciens, ministres du culte, officiers de marine.

Le Code a créé encore un certain nombre d'autres incapacités pour des motifs divers : incapacité des enfants naturels ayant pour but d'empêcher la réception par ces enfants d'une part de succession dépassant la quotité permise, incapacité des associations non reconnues d'utilité publique, dont la raison d'être doit être recherchée dans la crainte de la main-morte, enfin incapacité de disposer et recevoir frappant les condamnés à une peine perpétuelle et incapacité de recevoir atteignant les interdits légaux, qui ont été édictées à titre de complément de peine.

Cependant, au fur et à mesure qu'on s'éloigne de 1804, la jurisprudence s'est rendue compte que cette hostilité du législateur vis-à-vis des actes à titre gratuit était nettement exagérée.

Le droit de propriété depuis le début du XIX^e^ siècle a subi, d'abord, sinon dans les textes, tout au moins dans les idées, une évolution assez importante; il présente aujourd'hui un caractère beaucoup moins individuel et familial et il tend à revêtir davantage un caractère social. L'exhérédation d'un héritier naturel est admise beaucoup plus facilement de nos jours qu'elle ne l'était en 1804, principalement lorsque cette exhérédation a pour but de réaliser ou de gratifier une œuvre d'utilité générale, comme par exemple, de fonder un hôpital ou un hospice ou de faire un don à un bureau de bienfaisance ou à un savant. La jurisprudence a

considéré comme particulièrement intéressantes ces libéralités à caractère social et s'est efforcée, dans la mesure où les textes le lui ont permis, à les favoriser le plus possible; elle a pensé alors qu'il était juste que l'intérêt individuel des héritiers s'incline devant l'intérêt général.

D'un autre côté, sa faveur à l'égard des libéralités à caractère social n'a pas été sans influer fortement sur les libéralités adressées à un étranger et ne présentant pour lui qu'un intérêt individuel, car une fois engagée dans cette voie, elle a montré par la suite beaucoup moins de scrupule à écarter de la succession les héritiers naturels du défunt, d'autant plus qu'elle s'est aperçue que les craintes du législateur vis-à-vis des libéralités étaient au fond injustifiées.

Qu'est-ce que les rédacteurs du Code ont redouté, en effet? Ils ont redouté d'abord, un entraînement irréfléchi de la part du disposant; mais cet entraînement irréfléchi est peu à craindre. En cas de donation, en effet, le gratifiant se rend parfaitement compte de la gravité de son acte étant dépouillé immédiatement de la totalité des biens donnés; et en cas de testament, en admettant qu'il ait cédé à un entraînement, il aura toujours la possibilité de révoquer son legs,le testament étant révocable *ad nutum*. En pratique, l'homme sain d'esprit qui donne ou qui teste se rend compte de la portée de son acte, et ne l'accomplit qu'après y avoir mûrement réfléchi. Les formalités dont sont entourés les donations et les testaments apparaissent dès lors comme exagérées et s'expliquant davantage

par l'idée d'hostilité du Code à leur égard que par l'idée de protection du disposant. C'est pourquoi la jurisprudence s'est efforcée de les réduire le plus possible.

La crainte d'un danger de captation est peut-être plus sérieuse; cependant, elle est apparue elle aussi aux tribunaux comme injustifiée. Proclamer la nullité des libéralités captées semble très juste, mais présumer le fruit d'une captation les libéralités adressées à certaines personnes paraît discutable, d'autant plus que précisément une captation est en général peu à redouter de la part des individus que le Code a frappés. Les personnes incapables sont, en effet, les tuteurs, médecins, pharmaciens, ministres du culte et officiers de marine. Incontestablement, ces personnes peuvent acquérir et acquièrent en général sur l'esprit de leurs pupilles, malades et passagers une assez grosse influence, mais aller jusqu'à présumer de leur part un abus de cette influence et une captation, c'est aller trop loin; car cette captation est, en fait, peu probable. En ce qui concerne le tuteur, en effet, celui-ci a été désigné ou par les parents du pupille dans leur testament ou par le conseil de famille (1). Or, les parents du mineur et le conseil de famille auront pris le plus grand soin de ne confier l'orphelin qu'à une personne présentant de grandes garanties de moralité, et de qui par conséquent une captation n'est pas à craindre. Cette captation serait peut-être davantage à redouter de la part des médecins, pharmaciens, ministres du culte et officiers

(1) Il y a bien encore le tuteur ascendant, mais celui-ci ne nous intéresse pas ici, puisque l'article 907 admet en sa faveur une exception.

de marine, mais il est à remarquer que ces personnes sont habituellement très honorables, occupant un certain rang social, ayant reçu une bonne instruction et une forte éducation, et ne voulant pas, par conséquent, commettre un acte aussi malhonnête. Les libéralités qui leur sont adressées trouvent, par ailleurs, leur explication toute naturelle dans le désir du disposant de les récompenser des services très appréciables qu'ils lui ont rendus.

La jurisprudence a été surtout frappée par ce fait que les libéralités ostensibles sont en général des libéralités sérieuses et qu'il est des actes à titre onéreux qui sont beaucoup plus dangereux pour le disposant. Les personnes qui captent un héritage, en effet, cachent la plupart du temps leurs manœuvres en faisant déguiser la disposition sous forme d'un contrat à titre onéreux. Il est rare qu'une libéralité captée ait lieu sous forme de donation ou de legs. Les libéralités ostensibles, seront la plupart du temps des libéralités sérieuses, alors que les contrats pourront être l'objet de suspicion, étant susceptibles de cacher une donation qui a été captée.

Le Code s'est montré favorable aux contrats à titre onéreux parce que ceux-ci apparaissent comme beaucoup moins dangereux, chaque contractant recevant de l'autre une contre-partie qui est censée l'équivalent de son sacrifice. Mais cette opinion, même en ce qui concerne les contrats sérieux ne déguisant pas de libéralités, n'est pas toujours très juste. Combien nombreuses sont, en effet, aujourd'hui, les escroqueries commises par des hommes d'affaires habiles et des

financiers véreux qui captent les fortunes non pas de telle ou telle personne déterminée, mais souvent de toute une région, et qui cependant se servent du contrat à titre onéreux. Il apparaît, aujourd'hui beaucoup plus nécessaire de protéger l'épargne publique contre les menées de ces escrocs que contre les captations possibles d'incapables désignés dans le Code qui sont habituellement des personnes présentant des garanties sérieuses d'honorabilité.

Aussi, devant toutes ces considérations, la jurisprudence s'est-elle efforcée de mettre sur le même pied les actes à titres gratuit et les actes à titre onéreux, en faisant tout son possible pour favoriser les libéralités, dans la mesure tout au moins où les textes le lui ont permis.

On doit cependant noter dans la jurisprudence et dans la doctrine une certaine évolution. Après la promulgation du Code s'est instauré le règne de l'Ecole de l'exégèse, qui a duré pendant presque tout le XIX^e^ siècle (1). Selon cette Ecole, le Code devait être l'expression de tout le droit, la seule source du droit, et la doctrine comme la jusrisprudence devaient se contenter de l'appliquer à la lettre, sans rechercher si le texte cadrait bien avec les nécessités sociales. A cette époque domine le culte du texte, éclairé par l'intention du législateur. Aussi, les auteurs de cette école, Delvincourt, Toullier, Merlin, les grands commentateurs Duranton, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent vont-ils s'appliquer à lire à la

(1) Voir J. Bonnecase : *L'Ecole de l'exégèse en droit civil.*

lettre le texte du Code sans se demander si ce texte est justifié ou non et sans s'efforcer de le restreindre s'il est injustifié; par ailleurs, recherchant l'intention du législateur, ils vont épouser sa défiance à l'égard des libéralités. La même tendance va se rencontrer alors dans la jurisprudence. Mais la jurisprudence, plus près de la pratique que les auteurs, va se rendre compte plus vite qu'eux qu'il faut appliquer le droit en fonction des nécessités sociales et que la défiance du législateur vis-à-vis des libéralités, en particulier, est injustifiée; elle va alors s'efforcer de lutter contre cette défaveur. Cette tendance, se manifestant déjà depuis un certain temps, est particulièrement nette à partir de 1880, période où en doctrine, s'affirme le déclin de l'école de l'exégèse. Les auteurs plus récents : Labbé, Saleilles et Beudant tendent, en effet, à se dégager de l'interprétation littérale des textes et essaient d'assouplir leur doctrine pour l'adapter aux besoins sociaux. La tendance de la jurisprudence va encore s'accentuer à la fin du XIX^e^ siècle, lors de la naissance de l'Ecole scientifique dont le premier manifeste est le livre de M. Geny : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (1) paru en 1899. L'Ecole scientifique va voir dans le droit, une autre source que la loi. Il y a au-dessus d'elle, les sources réelles du droit qui comprennent deux éléments : un élément expérimental et un élément rationnel. C'est l'élément expérimental qui engendre d'une manière immédiate les règles de droit,

(1) Voir Geny : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif.*

mais sous l'inspiration et la direction de l'élément rationnel qui trouve son expression dans la notion de droit naturel. La loi n'est, avec la coutume, qu'une source formelle, c'est-à-dire une simple voie par laquelle les règles de droit se manifestent à nous. Grâce, à cette Ecole, dont les plus illustres représentants sont MM. Geny, Laferrière, Planiol et Ripert, A. Colin et Capitant, la jurisprudence a été beaucoup moins tenue par le texte de loi et par l'intention du législateur, et elle a pu appliquer ses solutions d'un point de vue plus rationnel.

Cette tendance des tribunaux à favoriser les actes à titre gratuit se rencontre partout en matière de donations et de legs; elle se retrouve en particulier, dans l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte. L'étude de cette incapacité fera ressortir très nettement cette tendance, et présentera dès lors grand intérêt, car elle sera le reflet de l'attitude de la jurisprudence vis-à-vis des libéralités en général. Toutefois, cette faveur ne saurait être illimitée : car le moment arrive vite où l'on se trouve en présence de textes formels que l'on ne peut tourner et à plus forte raison violer.

***

L'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte est prévue par l'article 909 du Code civil, qui est ainsi conçu : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront

traité une personne pendant la maladie dont elle meurt ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie...

....Les mêmes règles seront observées à l'égard des ministres du culte. »

Les médecins, pharmaciens et ministres du culte par suite du prestige que leur donne leur savoir et par suite surtout de la faculté qu'ils ont, le médecin, de ramener la personne qu'il traite à une meilleure santé, le ministre du culte, de diriger sa conscience, acquièrent habituellement sur l'esprit des malades une très grosse influence. Or, le Code a craint précisément qu'ils n'abusent de cette influence, surtout qu'elle s'exerce sur des individus affaiblis par la maladie et les souffrances pour se faire gratifier de donations considérables et pour capter des héritages. C'est pourquoi, il est venu édicter contre eux, dans son article 909, une véritable incapacité de recevoir de la part des personnes qu'ils ont traitées pendant leur dernière maladie, en présumant captées les libéralités à eux adressées.

Cependant, à ce principe, le Code a bien été obligé d'apporter quelques exceptions. Il convient de remarquer, en effet, que les dons adressés aux médecins, pharmaciens et ministres du culte sont la plupart du temps tout naturels, ayant pour but de les récompenser des services rendus et qu'il importe par conséquent dans une certaine mesure de permettre en leur faveur quelques libéralités. Il peut se faire, par ailleurs, que le médecin, ou le ministre du culte gratifié soit proche

parent du disposant, il serait manifestement exagéré alors de le rendre incapable, car entre proches parents existe une présomption beaucoup plus forte que la présomption de captation, la présomption d'affection, qui doit écarter complètement la précédente. Au moment où il a édicté son incapacité le Code s'est donc trouvé en présence d'un conflit entre les deux idées suivantes : d'une part, que les médecins et ministres du culte acquièrent sur l'esprit des malades une grosse influence et qu'il est à craindre qu'ils n'en abusent, d'autre part qu'il apparaît naturel de valider les libéralités à eux adressées lorsqu'ils sont proches parents du disposant parce qu'alors la présomption d'affection doit écarter la présomption de captation, et même lorsqu'ils sont étrangers, par ce que ces dispositions sont, au fond, toutes légitimes ayant pour but de les récompenser des services rendus.

Aussi le Code s'est-il efforcé de trancher ce conflit en apportant au principe général de l'incapacité, deux exceptions : l'une en faveur des proches parents du disposant, l'autre en faveur des libéralités présentant un caractère rémunératoire. « Sont exceptées, dit l'art. 909, § 2 : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, en égard aux facultés du disposant et aux services rendus; 2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. »

Cette incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte n'est, d'ailleurs pas une innovation du Code. Elle remonte même assez haut dans le passé, car on en rencontre un premier germe dès le droit romain, dans une disposition des empereurs Valentinien, Valens et Gratien. Cette disposition qui se trouve rapportée au Code Théodosien déclarait nulles « toutes les donations faites au profit des ecclésiastiques par les veuves chez qui ils s'étaient introduits sous prétexte de les conduire dans le chemin de la piété. (1) »

Ce n'était là toutefois qu'un cas très particulier, ne visant que les libéralités faites par les veuves aux ecclésiastiques, leurs directeurs de conscience.

L'incapacité à proprement parler des médecins, pharmaciens et ministres du culte n'est apparue que plus tard, sous notre ancien droit, à la suite d'une ordonnance rendue par le roi François Ier en l'an 1539. Cette ordonnance de 1539 dans son article 131, déclarait « nulles et de nul effet et valeur » toutes dispositions entre vifs et testamentaires faites au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes et autres administrateurs, par leurs pupilles et administrés. Elle avait été édictée en vue d'éviter de leur part des abus d'influence et des captations. Le législateur avait proclamé la nullité des libéralités à eux adressées en les présumant captées. « Cette défense est fondée dit Furgole (2), sur le pouvoir que les tuteurs et curateurs ont sur l'esprit de leurs

(1) Voir le texte de cette disposition dans Ricard : *Traité des donations*, t. 1, p. 119, n° 515.

(2) Furgole : *Traité des testaments*, t. I, p. 457.

mineurs qui fait présumer que les libéralités qui leur sont faites ne sont pas volontaires. »

Il faut, toutefois remarquer que cette ordonnance de 1539 était, en soi, assez restreinte; elle ne parlait que des tuteurs et curateurs et ne visait aucunement dans ses termes les médecins, apothicaires et confesseurs. Mais, la jurisprudence des parlements, hostile aux libéralités en général, ne tarda pas à la leur étendre pour identité de motifs. « Les Cours supérieures du royaume, dit Furgole (1), et notamment le parlement de Toulouse ont jugé que les dispositions testamentaires faites par les malades en faveur de leur médecin étaient nulles à cause de la présomption d'impression et de suggestion.» Et Ricard (2) dans son *Traité des donations* cite un certain nombre d'arrêts de parlements déclarant nulles les dispositions à eux faites : arrêt du parlement de Paris du 22 février 1617 qui déclare nul le testament fait par un malade en faveur du fils de son apothicaire, le fils étant regardé comme personne interposée; arrêt du parlement de Bretagne déclarant nul le legs d'une tenture de tapisserie fait par un chanoine de Vannes à son médecin, et arrêt du parlement de Paris du 1er mars 1646 cassant un legs fait par une femme malade au profit de son chirurgien. Enfin dans son *Répertoire de Jurisprudence* (3) Merlin cite un arrêt du parlement de Paris du 22 juin 1700 déclarant l'incapacité applicable aux confesseurs.

(1) Furgole : *Traité des testaments*, t. I, p. 457.

(2) Ricard : *Traité des donations*, t. I, p. 119, nº 515.

(3) Merlin : *Répertoire de Jurisprudence* au mot « chirurgien ».

De cette extension, les anciens auteurs donnent la raison d'être : un abus d'influence est autant à craindre de la part d'un médecin, d'un apothicaire et d'un confesseur que de la part d'un tuteur et d'un curateur; il est juste, par conséquent, de leur étendre l'incapacité : « L'empire que ces personnes, dit Pothier (1) en parlant des confesseurs, acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes a servi de motif à cette extension... Un semblable motif, ajoute-t-il plus loin a fait étendre, la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, empiriques, opérateurs qui ont entrepris une cure. »

Cette incapacité est passée dans notre Code qui l'a adoptée pour les mêmes raisons que l'avait admise notre ancien droit. « La loi, dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs (2), regarde comme ayant trop d'empire sur l'esprit de celui qui dispose et qui est atteint de la maladie dont il meurt les médecins, les chirurgiens, les officiers de santé ou les pharmaciens qui le traitent. »

Cependant entre les deux incapacités, celle de notre ancien droit et celle de notre Code, on peut relever une différence très importante : c'est en ce qui concerne le caractère de la présomption de captation qui en est la base. Dans notre ancien droit, cette présomption était une présomption simple, une présomption juris, qui admettait la preuve contraire; le médecin ou le con-

(1) Pothier : *Traité des donations entre vifs*, section 1, article 11, p. 8.
(2) Voir Fenet : tome XII, p. 520.

fesseur était présumé avoir capté l'héritage, mais il pouvait fort bien écarter cette présomption en prouvant que la libéralité à eux faite avait une cause autre que la captation, qu'elle avait sa source, par exemple, dans les liens d'affection ou d'amitié qui l'unissaient au disposant. « Il suffit, disait Furgole (1), qu'il y eut une cause probable qui ait pu déterminer la volonté du testateur autre que la qualité de médecin »; et cet auteur cite plusieurs arrêts de parlements qui ont admis cette solution, notamment un arrêt du parlement de Grenoble du 15 mars 1656 confirmant une institution faite par une femme en faveur de son apothicaire, parce qu'elle avait été sa nourrice; un arrêt du 18 janvier 1662, confirmant un legs de 3.000 livres fait par un malade en faveur de son médecin, parce qu'il était son parent, quoiqu'il ne fut pas au nombre des successeurs *ab intestat;* « pour rendre capable une personne qui est incapable à cause de sa qualité, conclue-t-il enfin, il suffit qu'il y ait une cause qui ait pu déterminer la volonté du testateur. »

La jurisprudence moderne, au contraire, et il existe sur ce point une jurisprudence constante, voit dans cette présomption de captation, une présomption *juris* et *de jure,* une présomption irréfragable n'admettant pas la preuve contraire. La libéralité est en tout état de cause présumée captée, quand bien même par suite de la supériorité de son esprit, le disposant serait à l'abri de toute influence (2), et quand bien même le

(1) Furgole : *Traité des testaments,* t. I, p. 457.

(2) Cette solution a été admise par la Cour de Toulouse dans un arrêt du

médecin, le pharmacien ou le ministre du culte gratifié serait en mesure de prouver que la libéralité a sa cause dans une autre source que dans la captation, qu'elle a sa source, par exemple, dans l'affection, l'amitié ou la parenté qui l'unissait au disposant (1).

La présomption est donc particulièrement rigoureuse, et on peut se demander pourquoi la jurisprudence qui a tendance habituellement à se montrer plutôt favorable aux libéralités l'a déclarée irréfragable, alors surtout que notre ancien droit ne voyait en elle qu'une présomption simple? La jurisprudence a été obligée d'admettre ce caractère irréfragable parce qu'elle s'est trouvée en présence d'un texte formel, l'article 1352 du Code civil. « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. » Or, la présomption de l'article 909 rentre bien dans les termes de l'article 1352 : elle est légale; sur sa base, le Code édicte contre les médecins, pharmaciens et ministres du culte une incapacité de

12 janvier 1864 (D. P. 1864.2.9 et S. 1864.2.114). « Attendu, dit-elle, que la prohibition écrite dans l'article 909 est absolue, tellement qu'il ne convient pas même d'examiner si le père Lacordaire à raison de la supériorité de son esprit, était à l'abri de la captation que la loi présume et qu'elle a voulu atteindre par l'application d'une règle inflexible. »

(1) Voir : Toulouse, 10 mai 1856 (D. 1856.2.190, S. 1857.2.97); Niort, 30 avril 1857 (D. 1859.3.15); Bordeaux, 7 décembre 1857 (D. 1858.2.197, S. 1858.2.481); Bordeaux, 12 mai 1862 (D. 1862.2.167, S. 1863.2.25); Requêtes, 7 avril 1863 (D. 1863.1.231, S. 1863.1.172); Requêtes, 29 juillet 1891 (D. 1891.1.260).

recevoir, annulant par conséquent les actes à eux adressés en contravention de cette incapacité; comme par ailleurs, aucune preuve contraire n'a été réservée expressément par la loi, la jurisprudence s'est vue obligée d'admettre le caractère irréfragable de la présomption.

La différence relevée sur ce point entre notre ancien droit et notre Code résulte tout simplement de ce fait que dans notre ancien droit, la présomption était une création de la jurisprudence, tandis que dans notre Code, elle est prévue expressément par la loi. De cette différence de source est résultée leur différence de caractère, les présomptions légales étant seules irréfragables.

Depuis le Code, cette incapacité, comme presque toutes les incapacités, tend à se restreindre de plus en plus; la jurisprudence s'est rendue compte qu'elle était injustifiée et elle essaie de la réduire le plus possible, dans la mesure où les textes le lui permettent. Cette tendance ne lui est d'ailleurs pas spéciale, elle se retrouve également dans les législations étrangères. L'incapacité apparaît aujourd'hui comme désuète et les Codes étrangers qui la prévoient encore comme le Code portugais, le Code hollandais et le Code espagnol sont tous des Codes assez vieux. Les Codes récents au contraire, le Code allemand de 1900, le Code suisse de 1912, et le Code brésilien de 1916, n'en parlent pas du tout.

La jurisprudence est parvenue à atténuer la rigueur du Code et à réduire le champ d'application de l'incapacité, par deux moyens : vis-à-vis des textes prévoyant l'incapacité proprement dite, elle s'est montree res-

trictive, et les a interprétés à la lettre, chose aisée, puisque nous sommes en matière d'incapacité; vis-à-vis des textes prévoyant les exceptions, au contraire, elle s'est montrée extensive, et leur a donné la plus large interprétation possible.

Cette double tendance de la jurisprudence se manifestera tout au cours de cette étude qui sera divisée en deux parties :

PREMIÈRE PARTIE. — *Principe de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte en matière de libéralités.*

DEUXIÈME PARTIE. — *Exceptions apportées à ce principe par le Code.*

## PREMIÈRE PARTIE

# PRINCIPE DE L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE

La première question qui se pose dans cette étude est celle de savoir quelles sont les conditions exigées pour que puisse s'appliquer cette incapacité. L'examen de ces conditions va permettre de délimiter son champ d'application, de voir dans quelle mesure notamment sont visés les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens et les ministres du culte. Il ne restera plus ensuite qu'à étudier sa sanction.

Cette première partie sera divisée en trois chapitres :

CHAPITRE I. — Conditions de l'incapacité.
— II. — Champ d'application.
— III. — Sanction.

CHAPITRE PREMIER

# CONDITIONS DE L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉS

Ces conditions sont données par l'article 909, qui déclare que « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie ». Il résulte clairement de ce texte que deux conditions sont exigées pour que l'incapacité s'applique :

1° Que le médecin ou le ministre du culte ait traité le disposant;

2° Que ce traitement ait eu lieu et que la disposition attaquée ait été faite pendant le cours de la maladie dont il est mort.

## Section I. — Nécessité d'un traitement.

L'article 909 exige que le médecin, le pharmacien ou le ministre du culte ait « traité » le disposant.

L'expression de traitement appliquée aux médecins, pharmaciens et chirurgiens est assez nette, impliquant bien l'idée de soins apportés au malade en vue de le guérir; mais appliquée aux ministres du culte, elle ne correspond pas à grand'chose. L'article 909 a renvoyé en bloc les dispositions concernant les ministres du culte à celles visant les médecins, pharmaciens et chirurgiens, et les termes évidemment ne cadrent pas toujours, les rôles joués par ces deux catégories de personnages étant complètement différents, le médecin soignant le corps, le ministre du culte dirigeant l'âme; il convient dès lors de les examiner séparément et d'étudier à part la notion de traitement appliqué par les médecins, chirurgiens et pharmaciens et la notion de traitement appliqué par les ministres du culte.

### § 1. — *Notion de traitement par les médecins, chirurgiens et pharmaciens.*

Cette notion de traitement apparaît avant tout comme une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux; les tribunaux décideront souverainement si dans un cas donné, ils sont en présence ou non d'un traitement, sans que la Cour de cassation puisse en connaître.

Cependant, dans son rapport, lors d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 janvier 1876 (D. P. 1876.1.181 et S. 1876.1.299) M. le conseiller Onofrio avait émis une opinion toute différente. Partant de cette idée que

le législateur avait fait du traitement un élément juridique de l'incapacité, M. Onofrio déclarait que si les tribunaux peuvent être considérés comme souverains dans le fait de constater si tel ou tel acte est susceptible de rentrer dans la notion de traitement, ils ne doivent pas l'être sur le point de décider si l'ensemble des faits constatés offrent les caractères juridiques d'un traitement. Selon lui, les tribunaux seraient souverains dans l'appréciation des divers éléments composant la notion de traitement, mais non dans la qualification même du traitement.

Cette opinion ne semble pas cependant avoir été admise par la Chambre des Requêtes qui, dans cet arrêt de 1876 et dans un arrêt postérieur du 8 août 1900 (D. P. 1900.1.559 et S. 1900.1.87), a déclaré que « le traitement d'une maladie est un fait complexe dont l'appréciation dans les circonstances diverses dont il se compose appartient aux juges du fond ». La Cour de cassation semble avoir consacré en cette matière le pouvoir souverain des tribunaux, en ne voyant dans cette notion de traitement qu'une simple question de fait.

Bien que cette notion soit une question de fait, il est néanmoins possible de dégager des solutions jurisprudentielles, les divers éléments sur lesquels les tribunaux se basent pour reconnaître un traitement.

La notion de traitement médical, telle qu'elle résulte de l'ensemble des arrêts semble renfermer les trois éléments suivants : 1° des soins; 2° des soins continus et réguliers; 3° des soins, surtout, dont le médecin ou le pharmacien a la direction.

I. — Le premier élément du traitement est constitué par des *soins*. Les soins consistent en des actes accomplis sur la personne même du malade en vue de le guérir ou en vue, tout au moins, d'améliorer sa santé. Ce qui les caractérise c'est qu'ils exigent entre le malade et la personne qui soigne un rapport direct. Le médecin qui ausculte, conseille, prescrit des médicaments, l'infirmier qui garde et administre des remèdes donnent leurs soins au malade parce qu'ils sont en rapport avec lui, et exécutent leurs actes sur lui. Mais ne doit pas être considéré comme soignant le pharmacien qui donne des médicaments sur ordonnance du médecin même s'il le fait de façon régulière et continue pendant tout le cours de la maladie, parce qu'il ne se trouve pas en contact avec le disposant; le pharmacien n'est au fond qu'un simple fournisseur, une captation n'est pas à craindre de sa part et il ne doit pas dès lors tomber sous le coup de l'article 909.

II. — Les soins cependant ne suffisent pas, ils doivent présenter, en outre, certains caractères. Pour qu'ils puissent rentrer dans la notion de traitement, la jurisprudence exige qu'ils soient donnés *de façon régulière et continue* (1) « Attendu, dit l'arrêt de 1876, que les soins donnés par le Dr Denans à la dame Ricaudy pendant la maladie dont elle est morte étaient des soins purement accidentels, non ces soins *assidus et réguliers* qui caractérisent l'exercice de la profession de l'art de

(1) Ch. des Requêtes, 17 janvier 1876 (D. P. 1876.1.181 et S. 1876.1.299); Limoges, 6 février 1889 (D. P. 1890.2.73 et S. 1889.2.173); Ch. des Req., 8 août 1900 (D. P. 1900.1.559 et S. 1901.1.87).

guérir et qui constituent un traitement dans le sens de l'article 909 du Code civil... »

Il faut des soins assidus et réguliers et n'est pas considéré comme traitant le médecin appelé seulement en consultation ou n'ayant donné ses soins qu'accidentellement.

Cette exigence de continuité de soins peut sembler logique. L'emprise du médecin pour s'établir demande en général un certain temps et ne peut guère exister que si les soins ont été donnés avec une certaine continuité. Il ne faudrait pas cependant trop insister sur elle. Bien que la jurisprudence en parle principalement, il semble que ce ne soit pas là un des éléments essentiels du traitement. Le traitement en effet, peut ne comprendre qu'un très petit nombre de soins, il peut même ne consister qu'en un seul acte, si cet acte est grave et susceptible à lui seul de ramener le malade à la santé. Un grand chirurgien très connu, par exemple, est venu opérer une personne, puis est reparti aussitôt son opération finie. Le malade est mort quelque temps après en lui faisant un legs. Le chirurgien va-t-il être incapable de recevoir ce legs? Va-t-on pouvoir considérer qu'il a accompli un traitement? Sans doute, s'il y a eu traitement, ce traitement a été très bref; il a consisté en une opération qui a peut-être duré une demi-heure; on ne peut guère parler ici de continuité et de régularité de soins. Mais le chirurgien a accompli un acte très grave, il a pu acquérir sur l'esprit du malade une très grosse influence. Si, en général, pour s'établir une influence demande un certain temps, ce temps sera plus ou moins

long suivant la qualité de la personne qui l'accomplit et suivant la gravité de l'acte qu'elle exécute, et dans certains cas, notamment dans l'exemple examiné, cette influence s'établira tout de suite. Il semble qu'on doive déclarer le chirurgien incapable, car une captation est à redouter de sa part, beaucoup plus même que de la part d'un médecin ordinaire accomplissant un long traitement, car il tient davantage dans sa main la vie du malade.

III. — La continuité de soins ne semble donc pas un élément essentiel du traitement; il peut y avoir traitement sans qu'il y ait soins longs et réguliers, à l'inverse, il peut y avoir continuité et régularité de soins sans qu'il y ait traitement. L'infirmier donne bien, en effet, ses soins de façon continue et régulière, de façon plus continue et plus régulière souvent que le médecin lui-même et cependant la jurisprudence refuse de voir dans les actes qu'il accomplit un véritable traitement. C'est ainsi que dans un arrêt du 22 décembre 1909 (D. P. 1912.2.358 et S. 1913.2.76) la Cour de Lyon n'a pas voulu considérer comme traitement les soins apportés par une garde-malade, « attendu que le rôle effacé joué au point de vue médical par les gardes-malades ne permet pas de les ranger parmi les personnes contre lesquelles la loi a cru devoir prendre des précautions »... Ce que la jurisprudence semble considérer comme élément essentiel du traitement, c'est *la direction des soins*. Sans doute, on ne trouve pas mentionnée dans les arrêts cette expression de « direction des soins », la jurispru-

dence parle surtout de continuité et de régularité; mais, il résulte de l'ensemble de ses motifs et de ses solutions qu'elle voit en elle l'élément essentiel du traitement.

Pourquoi en effet, l'infirmier et l'interne qui assistent le chirurgien ne traitent-ils pas le malade? L'arrêt de 1909 le dit : parce qu'ils ne jouent qu'un rôle effacé, parce qu'ils n'ont qu'un rôle d'auxiliaire et d'exécutant. Pourquoi aussi le médecin appelé occasionnellement en consultation par un confrère ne traite-t-il pas lui non plus? Les arrêts répondent ici parce qu'il n'a pas accompli cette continuité et cette régularité de soins qui caractérisent l'art de guérir; en réalité, le médecin consultant ne traite pas, parce qu'il n'a pas la direction des soins donnés, parce qu'il ne fait qu'émettre un avis. Et dès lors, si au lieu d'un médecin simplement consultant, on se trouve en présence d'un second médecin ayant lui aussi la direction des soins, il y aura, en réalité, deux co-traitants qui devront être déclarés tous deux incapables; dès lors également devront être déclarés incapables, bien que leurs soins aient été aussi courts que ceux d'un médecin consultant, le chirurgien qui a accompli une opération et le médecin qui a soigné le disposant pendant une maladie très brève, parce que ces personnes ont eu la direction des soins donnés.

Le traitement médical, tel qu'il résulte de la jurisprudence, correspond à une idée de direction de soins apportée au malade par le médecin ou le chirurgien.

Cette notion de traitement semble bien cadrer, d'abord, avec le sens étymologique du mot, l'expression

« traitement » impliquant bien en elle-même une direction de soins. Elle semble ensuite vu le fondement de cette incapacité, assez logique. Qu'est-ce qui donne, en effet, aux médecins toute leur influence, sinon la faculté que leur procure leur savoir de ramener le malade à la santé? Or, celui qui guérit le malade est bien l'individu qui a dirigé les soins donnés ce n'est pas celui qui s'est contenté comme le fait le médecin consultant, de donner un avis, ou qui s'est borné, comme le fait l'infirmier, à exécuter des ordres. Cependant, en y réfléchissant bien, on s'aperçoit vite qu'une captation ne dépend pas nécessairement, en fait, de la direction de soins, qu'elle est pratiquement autant à craindre de la part des actes accomplis par les auxiliaires du médecin que de la part du médecin lui-même. Les infirmiers, en effet, sont en contact permanent avec le malade et lui procurent des soins assidus; n'est-il pas à craindre précisément que par suite de cette présence continuelle, par leur empressement à le servir, par leur obséquiosité même, ces personnes ne s'imposent au malade et ne se fassent gratifier par lui de libéralités? Une captation serait peut-être même plus à redouter de leur part que de la part d'un médecin, celui-ci ne faisant que des visites assez espacées.

La jurisprudence cependant n'a pas voulu étendre à leurs actes la notion de traitement. L'incapacité des médecins et chirurgiens lui est apparue déjà injustifiée; bien loin de l'étendre, elle s'est appliquée au contraire, à la réduire le plus possible. Elle est arrivée à ce résultat en interprétant restrictivement les textes visant l'incapacité; et comme le mot traitement implique en lui-

même une direction de soins, les tribunaux n'ont admis l'application de l'article 909 qu'aux seules personnes ayant réellement dirigé ces soins, quoiqu'au fond, les actes accomplis par les infirmiers soient aussi dangereux et quelquefois même plus. On retrouve ici très nettement la tendance de la jurisprudence à lutter contre la défaveur légale à l'égard des libéralités.

§ 2. — *Notion de traitement par les ministres du culte.*

Toute différente de la notion de traitement par les médecins et chirurgiens, semble être la notion de traitement par les ministres du culte, si encore on peut parler de traitement, car cette expression appliquée à eux, ne correspond pas à grand'chose. Il convient dès lors de se demander quels sont les actes des ministres du culte que le Code a voulu viser par ce mot.

Parmi les ministres du culte, notre ancien droit ne rendait incapables que ceux qui avaient donné au malade la confession « Dans la prohibition de l'ordonnance dit l'avocat général Joly de Fleury lors d'un arrêt du Parlement de Paris du 22 juin 1700 (1) sont aussi compris les maîtres qui ne peuvent recevoir de donations de leurs apprentis, les couvents qui ne peuvent recevoir de leurs novices, enfin, les *confesseurs*, les médecins, chirurgiens et apothicaires à l'égard des donations qui leur sont faites par leurs malades. » Comme la confession n'existe que dans la religion catho-

(1) Voir Merlin : *Répertoire de Jurisprudence universelle* au mot « chirurgien » § 1.

lique, notre ancien droit ne frappait donc de l'incapacité que les seuls ministres du culte catholique et encore parmi eux, ceux seulement qui avaient donné au malade la confession.

Par l'expression de traitement, notre Code a-t-il voulu se montrer plus large que notre ancien droit et viser plus que la confession?

Incontestablement, et sur ce point. doctrine et jurisprudence sont d'accord, le Code a voulu viser plus que la confession. « On méconnaîtrait le sens et la portée de l'article 909 du Code civil, dit M. le conseiller Alméras-Latour dans son rapport lors d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 avril 1880 (D. P. 1880.1.263 et S. 1880.1.361) en appliquant l'incapacité uniquement au confesseur... » Et la presque unanimité de la doctrine à part Toullier, admet cette solution (1).

Cette extension de l'incapacité au delà de la confession peut sembler logique, une captation, en effet, est aussi bien à craindre de la part d'un pasteur ou d'un rabbin que de la part d'un confesseur; la jurisprudence surtout a été obligée de l'admettre parce qu'elle s'est trouvée en présence du terme générique de ministres du culte employé par l'article 909. Cet article, en effet,

(1) Voir Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. III, nº 908; Planiol et Ripert par Trasbot : *Traité pratique de droit civil*, t. V, p. 261; A. Colin et Capitant, t. III, nº 903; Josserand : *Cours de droit positif français*, t. III, nº 1420.

« Nos anciens auteurs dit Baudry-Lacantinerie, notamment Pothier, semblaient restreindre l'incapacité « aux confesseurs, à cause du grand pouvoir qu'ils exercent sur l'esprit de leurs pénitents et surtout de leurs pénitentes. » Mais cette restriction ne peut plus être admise aujourd'hui. »

parle non pas de confesseurs mais de ministres du culte, voulant ainsi marquer que l'incapacité n'atteint pas seulement les prêtres catholiques, mais tous les ministres du culte sans distinction, et que par conséquent l'expression de traitement ne doit pas s'entendre seulement de la confession.

Si le traitement spirituel ne réside pas uniquement dans la confession, en quoi alors va-t-il consister?

Si la notion de traitement spirituel est identique à la notion de traitement médical, de même que le traitement médical est constitué par un ensemble de soins donnés au malade avec une certaine régularité et dont le médecin a la direction, de même le traitement spirituel doit être constitué par un ensemble de secours religieux apportés de façon régulière et continue par le ministre du culte au disposant. Vue ainsi, la notion de traitement spirituel va être avant tout, comme la notion de traitement médical, une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Telle n'est pas cependant la solution de la jurisprudence, qui ici encore, s'est montrée restrictive. Dans un arrêt du 13 avril 1880 (*D. L.* 1880.1.263 et S.1880.1. 361) confirmant un arrêt de la Cour de Toulouse du 7 janvier 1879, la Chambre des Requêtes a déclaré que l'article 909 n'atteignait pas n'importe quel acte religieux accompli par le ministre du culte, alors même que cet acte présenterait une certaine continuité, qu'il ne frappait de son incapacité que le ministre du culte directeur de conscience du malade. « Il est évident, dit M. le Conseiller Alméras-Latour dans son rapport, que

ce serait aller contre le vœu de la loi que de faire résulter l'incapacité du prêtre de toute fonction religieuse accomplie en présence ou dans la maison du testateur, par exemple du fait d'avoir célébré la messe dans une chapelle appartenant à ce dernier... Le ministre du culte frappé d'incapacité est celui qui a en quelque sorte le *gouvernement de l'âme* de la personne dirigée dont la volonté s'efface devant la sienne »; et cet arrêt du 13 avril 1880 refusa d'annuler le legs fait à un prêtre qui avait vécu longtemps chez le disposant et avait eu coutume de célébrer chaque jour la messe dans sa chapelle et de lui donner quotidiennement la communion, *ce prêtre n'ayant pas été son directeur de conscience.*

Mais en quoi va consister exactement la direction de conscience le « gouvernement de l'âme » selon l'expression de M. le conseiller Alméras-Latour?

L'arrêt de la Cour de Toulouse du 7 janvier 1879 a donné de la direction de conscience une idée assez nette. Cet arrêt a commencé par déclarer que l'élément le plus fréquent et le plus normal de la direction de conscience réside dans la confession. C'est du confesseur surtout qu'une captation est à craindre c'est lui principalement que la loi vise : « Attendu, dit-il, que la confession constitue le traitement par excellence et est considérée comme le moyen d'action le plus puissant et le plus irrésistible sur la volonté du testateur; qu'au point de vue de l'orthodoxie, le confesseur est le juge souverain de son pénitent, ayant le pouvoir de condamner ou d'absoudre; que c'est de lui que dépend le salut éternel du malade; que l'exercice de ce pouvoir

surnaturel était considéré par les anciens docteurs comme une présomption certaine de captation. » Mais, aussitôt après avoir remarqué que la confession est le cas le plus fréquent de la direction de conscience, l'arrêt s'empresse d'ajouter qu'elle n'en est pas un élément essentiel, qu'il peut fort bien y avoir direction de conscience sans confession : « (Attendu) dit-il, que c'est avec raison qu'on a étendu cette incapacité au prêtre que dans le langage pratique de la religion, on appelle un directeur de conscience; que la direction de conscience s'exerce par des consultations spéciales qui sont fournies par le prêtre directeur sur les cas qui lui sont proposés; qu'il est appelé à régler les moindres pensées et les moindres scrupules; qu'il est le guide toujours présent; que s'il ne confesse pas la personne qu'il dirige, elle est obligée de se faire connaître à lui toute entière, qu'il ne pourrait donner un conseil éclairé, si elle ne lui révélait pas les défaillances et les mystères de son âme; qu'il reçoit ses confidences comme le confesseur reçoit ses aveux; qu'il ne diffère seulement de ce dernier qu'en ce sens qu'il n'*administre pas le sacrement de pénitence;*... qu'il règle et conduit tout et que la personne dirigée finit par ne plus rien faire d'elle-même sans avoir pris son avis; qu'elle a, pour parler la langue des anciens auteurs le gouvernement de l'âme de la personne dirigée dont la volonté s'efface et plie devant la sienne. » Ainsi donc le directeur de conscience est celui à qui une personne confie ses états d'âme, avoue ses mauvais penchants, afin qu'il puisse lui indiquer la manière de combattre ses fautes et la con-

duite à suivre dans la vie. C'est ce que fait habituellement le pénitent à son confesseur; mais la direction de conscience est plus large que la confession. La confession, en effet, comprend deux éléments : l'aveu des fautes par le pénitent et l'absolution de ces fautes par le confesseur. La direction de conscience elle, n'implique pas nécessairement l'absolution des péchés; une seule chose est nécessaire l'aveu des fautes permettant au directeur de régler la conduite de son dirigé. La direction de conscience va donc pouvoir frapper des ministres du culte autres que les ministres du culte catholique, il suffira que ceux-ci aient reçu les confidences du malade et aient dirigé sa conduite et ses actes.

Cependant, une autre question se pose : cette direction de conscience implique-t-elle nécessairement une répétition d'actes? Un acte isolé de confession, par exemple est-il suffisant pour entraîner l'incapacité? La jurisprudence semble exiger cette répétition d'actes, et habituellement, en effet, pour qu'on puisse parler de direction de conscience, il faut que les actes soient accomplis avec une certaine régularité. On ne saurait considérer comme directeur d'un individu, le prêtre qui ne l'a confessé qu'une fois par hasard, parce que par exemple, son confesseur habituel était empêché; le confesseur habituel est toujours resté directeur de conscience et le prêtre appelé n'est venu qu'accidentellement.

Toutefois ici, comme pour les médecins et phar-

maciens, il ne faudrait pas trop insister sur la continuité et la régularité d'actes de direction de conscience. Dans l'exemple précédent, s'il résulte des faits que le malade pour une raison ou pour une autre a changé de confesseur et que le nouveau prêtre appelé est, en réalité, un nouveau directeur de conscience, l'incapacité doit s'appliquer à lui. L'incapacité doit atteindre surtout le ministre du culte qui a confessé au moment de sa mort une personne restée toute sa vie en dehors de la religion, même s'il n'a accompli qu'un seul acte de confession. Ce ministre du culte, en effet, a converti le malade, il lui a indiqué les actes à exécuter afin de réparer ses fautes passées, il est devenu en un mot, son directeur de conscience. Une captation, dès lors, est à craindre de sa part, elle est même beaucoup plus à redouter que de la part d'un confesseur ordinaire. Au moment de mourir, en effet, l'individu resté toute sa vie en dehors des pratiques religieuses, se sent tourmenté par les craintes de l'au-delà, il a peur et veut faire tout ce qu'il peut pour réparer ses torts; le ministre du culte peut, dans ces conditions, capter très aisément son héritage, beaucoup plus facilement que ne pourrait le faire le directeur de conscience d'une personne ayant toujours suivi sa religion; l'incapacité doit donc, semble-t-il devoir l'atteindre en ce cas.

La direction de conscience n'implique pas nécessairement une répétition d'actes; un seul acte de confession ou de direction de conscience est suffisant souvent pour entraîner l'incapacité.

Cette solution de l'arrêt du 13 avril 1880 qui a vu la notion de traitement dans la direction de conscience semble avoir été adoptée à nouveau par la Chambre des Requêtes dans un arrêt du 18 octobre 1887 (S. 1888. 1.377) et tout récemment encore par le tribunal civil de Tours dans un jugement du 12 mars 1929 (S. 1929.2. 151). Dans l'arrêt du 18 octobre 1887, M. le conseiller rapporteur Demangeat s'est contenté de citer les paroles de M. le conseiller Alméras-Latour exprimées dans l'arrêt du 13 avril 1880, et le tribunal civil de Tours dans son jugement du 12 mars 1929 (1) a rejeté la demande formulée par les héritiers d'une demoiselle Conty contre un abbé Bossebœuf en application de l'article 909, l'abbé Bossebœuf ayant été pendant plus de vingt années jusqu'au jour du décès de la demoiselle Conty « son ami, son confident, son collaborateur en affaires, son commensal, mais *non pas son directeur de conscience.* »

On peut dire que la jurisprudence sur ce point est bien fixée : elle donne à l'expression de traitement appliquée aux ministres du culte la signification de *direction de conscience*. Telle est, du moins, la question de droit; quant au point de savoir si dans un cas donné, on est en présence ou non d'une direction de conscience, ceci est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Que faut-il penser de cette solution? Cette solution semble logique. L'incapacité est basée, en effet sur

(1) Voir sur ce jugement, une note de M. Trasbot dans la *Revue critique* de 1930.

une présomption de captation, présomption qui a sa source dans l'influence qu'est susceptible d'exercer le ministre du culte sur l'esprit du malade. Or, dans quoi va-t-il puiser cette influence? Est-ce dans le fait d'administrer au disposant certains sacrements, de lui donner, par exemple, la communion, l'extrême-onction et de dire la messe chez lui tous les matins? Pas du tout, lorsque le prêtre distribue la communion ou administre l'extrême-onction, il n'y a entre son malade et lui aucune intimité, ils ne se parlent même pas, il ne peut dès lors exercer sur lui aucune emprise. Est-ce dans le fait de lui donner habituellement des conseils, des exhortations, des consolations? Pas davantage. Sans doute ici, le ministre du culte est en relation plus intime avec le malade, il lui parle, mais de simples conseils ou exhortations ne peuvent être considérés en eux-mêmes, comme suffisants pour entraîner une incapacité : le ministre du culte a pu les donner à titre d'ami, ou comme le ferait une personne ayant une certaine instruction et une certaine connaissance des âmes. Les conseils et exhortations ne pourraient entraîner l'incapacité qu'autant qu'ils seraient la manifestation d'une direction de conscience. Là où le ministre du culte va puiser toute son influence, c'est dans la direction de conscience. La personne dirigée, en effet, choisit avec le plus grand soin son directeur, elle a en lui la plus grande confiance, elle suit scrupuleusement toutes ses indications si bien que sa volonté finit par plier et s'effacer devant la sienne. On se rend compte, aisément, dans ces conditions, de toute l'influence que peut avoir

le directeur de conscience sur l'esprit du disposant et de la facilité avec laquelle il peut capter son héritage.

Par ailleurs, cette application de l'incapacité à la direction de conscience et à la seule direction de conscience, est encore une manifestation de la tendance jurisprudentielle à favoriser les libéralités. La jurisprudence s'est efforcée de réduire le plus possible l'incapacité en interprétant strictement les textes la visant; c'est pourquoi, elle a restreint la notion de traitement spirituel à la seule direction de conscience et ne l'a pas étendue à tous les actes religieux quels qu'ils soient accomplis par le ministre du culte.

Si l'on réfléchit bien, on s'apercevra même que cette notion de traitement spirituel est encore plus réduite, en fait, qu'elle ne le paraît à première vue, que sous le terme plus général de direction de conscience, elle ne vise guère pratiquement que la confession. La direction de conscience, en effet, implique de la part du directeur la connaissance des mauvais penchants de son dirigé, l'aveu de ses fautes. Cet aveu des fautes se retrouve normalement dans la confession qui est un acte courant de la religion catholique; mais en dehors de la confession, il ne se rencontre presque jamais, il est, pour ainsi dire, inexistant; dans les religions autres que la religion catholique, l'aveu des fautes et la direction de conscience sont rares et la direction de conscience ne se confond guère pratiquement en fait qu'avec la confession.

Ainsi, par son interprétation restrictive des textes, la jurisprudence est revenue à la solution de notre

ancien droit et a réussi, en fait, malgré les termes du Code, à n'appliquer l'incapacité qu'aux confesseurs.

On peut résumer la notion de traitement, soit traitement médical, soit traitement spirituel, en disant qu'elle correspond surtout et principalement à une idée de direction : direction de soins corporels dans le traitement médical, direction de conscience, direction de l'âme dans le traitement spirituel.

Telle est la première condition exigée pour que puisse s'appliquer l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte : il faut qu'il y ait eu traitement. A cette première condition, l'article 909 en ajoute une seconde : il faut que ce traitement et la disposition attaquée aient eu lieu pendant la dernière maladie du disposant.

## Section II. — Libéralité pendant la dernière maladie.

Il faut, selon la deuxième condition exigée par le Code que pendant la dernière maladie du disposant, le médecin ou le ministre du culte ait accompli son traitement et que le malade ait adressé sa libéralité.

L'exigence de cette seconde condition semble logique, étant donné le fondement de cette incapacité. La libéralité, en effet, doit être valable, alors même que par la suite, le médecin ou le ministre du culte viendrait à soigner le disposant pendant sa dernière maladie, si elle a été faite par le donateur ou le testateur

alors qu'il était en bonne santé, car le disposant à ce moment-là ne subit aucunement l'influence de son médecin ou de son confesseur et la libéralité est adressée par lui en toute liberté.

Le legs doit encore être valable, si au moment où il a été fait, le testateur était malade, et si par la suite il est revenu à la santé, car une fois guéri, le disposant a toute facilité pour le révoquer, ne subissant plus l'ascendant de son médecin ou de son confesseur. Si cette révocation n'est pas faite, il y a lieu de présumer que le legs a été adressé librement. — La question cependant est un peu plus délicate lorsque, au lieu d'un legs, le disposant a adressé à son médecin ou à son confesseur une donation, la donation étant irrévocable. On pourrait peut-être soutenir que le donateur obtiendra facilement la révocation de sa libéralité en en demandant la nullité en justice en vertu précisément de l'article 909. Mais il semble bien que l'article 909 ne puisse s'appliquer ici. Cet article exige, en effet, que la disposition ait été faite pendant la maladie dont est mort le disposant. Or, dans cette hypothèse, nous sommes en présence, au contraire, d'une maladie dont il s'est guéri; l'article 909 ne saurait donc s'y appliquer. Le donateur ne pourra faire révoquer sa donation qu'en prouvant la captation; toutefois cette preuve lui sera à lui assez facile à faire, beaucoup plus facile qu'elle ne le serait à ses héritiers.

Sur la double exigence de cette seconde condition : que le traitement et que la disposition attaquée aient

eu lieu pendant la maladie dont est mort le disposant, il n'y a pas de difficulté. Le seul point qui demande quelques explications est celui de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression de « maladie dont elle meurt » employée par le Code. Le Code exige que le traitement et la disposition aient eu lieu pendant la maladie dont est mort le disposant. Quelle sera cette maladie?

Dans l'interprétation de cette expression « maladie dont elle meurt », la jurisprudence s'est montrée très exégétique. Voulant réduire le plus possible l'incapacité, elle s'est appliquée à interpréter le texte à la lettre, et elle n'a admis l'application de l'article 909 qu'autant qu'on se trouve en présence d'une maladie et qu'autant que cette maladie soit celle qui ait réellement emporté le disposant.

### § 1. — *Notion de maladie.*

La jurisprudence d'abord n'a admis l'incapacité qu'*en cas de maladie* et elle a refusé de l'étendre à l'accident. Telle est la solution qui a été adoptée par la Chambre des Requêtes dans l'arrêt du 13 avril 1880 déjà étudié (1). Cet arrêt avait repoussé le pourvoi formé par les héritiers de la disposante, une dame de Figuery contre l'abbé Lhoste pour deux raisons : d'abord, parce que cet abbé n'avait pas traité la dame de Figuery, n'ayant pas été son directeur de conscience, ensuite parce que

(1) (D P. 1880.1.263 et. S. 1880.1.361).

la dame de Figuery n'avait pas eu de dernière maladie, étant morte d'un accident, d'une rupture d'anévrisme. « Attendu, dit l'arrêt, qu'elle (la dame de Figuery) a succombé à une mort instantanée produite par la lésion de l'artère gastrique sans que cette mort ait été précédée d'une maladie ayant pour effet d'amener cet accident; que la présomption légale de captation de l'article 909 implique l'existence d'une maladie qui a une certaine durée et pendant laquelle l'action du médecin et du prêtre a pu s'exercer; que dans l'espèce, il n'y a pas eu de dernière maladie. »

Mais alors, une question se pose immédiatement : en quoi consiste exactement l'accident; quel est le critérium qui a été adopté par la jurisprudence pour le distinguer de la maladie? Il semble résulter de cet arrêt du 13 avril 1880, notamment de l'attendu suivant : « Attendu qu'elle (la testatrice) a succombé, à une mort instantanée produite par la lésion de l'artère gastrique; que la présomption légale de captation de l'article 909 implique l'existence d'une maladie qui a une certaine durée et pendant laquelle l'action du médecin et du prêtre a pu s'exercer », que la jurisprudence voit ce critérium non pas comme on le voit souvent dans le langage courant dans l'origine interne ou externe du mal, mais dans sa soudaineté : la maladie dure un certain temps et est précédée d'une période d'incubation, tandis que l'accident se produit brusquement et se réalise en un instant.

Une difficulté va alors se présenter. Une personne, par exemple, a été blessée par une automobile; il y a

bien eu accident, le fait s'étant produit subitement, et l'accident subsistera toujours si la personne ne meurt que quelques heures après. Mais si son décès ne survient, des suites de ses blessures que six mois plus tard, y aura-t-il toujours accident? On doit, semble-t-il répondre par la négative. Sans doute, il y a eu d'abord accident, mais cet accident n'a pas toujours duré, il s'est déclaré à sa suite une maladie. Les blessures, en effet, ne sont pas restées telles qu'elles étaient, des germes de maladies s'y sont introduits et elles se sont transformées et aggravées. Il y a eu alors dans le mal une évolution qui caractérise la maladie et la différencie de l'accident qui, lui, se produit brusquement sans période d'incubation. Si donc la libéralité a été faite aussitôt après l'accident, elle doit être déclarée valable alors même que le disposant ne serait mort que longtemps après des suites de ses blessures, parce qu'elle a eu lieu au cours d'un accident. Mais si elle n'a été adressée que longtemps après, elle doit être déclarée nulle, ayant été faite au cours d'une dernière maladie. En ce qui concerne le point de savoir où finit l'accident et où commence la maladie, ceci est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Cette solution de la jurisprudence qui n'applique l'incapacité qu'en cas de maladie et qui refuse de l'admettre en cas d'accident peut sembler juste au premier abord. Elle peut se justifier, en premier lieu, par l'interprétation des textes. Le Code ne parle que de maladie, et il semble qu'on ne puisse l'étendre à l'accident, les

textes prévoyant les incapacités devant être interprétés restrictivement. Elle peut se justifier, en outre, au point de vue rationnel, le médecin et le ministre du culte n'ayant pas le temps, en cas d'accident d'exercer leur influence sur l'esprit du malade.

Cependant, si on y réfléchit, on s'aperçoit que cette solution est, au fond, illogique. Une captation, en effet, est aussi bien à craindre, de la part d'un médecin ou d'un ministre du culte qui traite au cours d'un accident que de la part d'un médecin ou d'un ministre du culte qui traite au cours d'une maladie. Sans doute, pour s'établir une influence demande en général un certain temps et l'accident ne dure que très peu de temps; mais ce certain temps n'est pas toujours nécessaire, une influence peut s'implanter en une période très courte, comme le fait a déjà été vu à propos de la notion de traitement. Une captation sera particulièrement à craindre de la part d'un médecin, d'un chirurgien ou d'un ministre du culte qui soigne une personne grièvement blessée, le médecin ou le chirurgien pouvant abuser de sa situation, le ministre du culte surtout pouvant avoir une très grosse influence, donnant la confession à une personne sur le point de mourir. Du moment qu'il y a traitement, l'influence est aussi grande en cas d'accident qu'en cas de maladie et on devrait admettre logiquement l'extension de l'incapacité à l'accident, surtout que l'expression « maladie » employée par le Code pourrait très bien être prise dans un sens générique, englobant dans ses termes, à la fois la maladie proprement dite et l'accident.

Mais la jurisprudence a voulu favoriser les libéralités et réduire au minimum l'incapacité. Elle a alors interprété l'expression de « maladie » non dans son sens large, mais dans son sens strict, et elle l'a opposée à l'accident. Il s'en est suivi, l'article 909 ne parlant que de maladie, que l'incapacité n'a atteint que la maladie proprement dite et n'a pu s'étendre à l'accident.

### § 2. — *Notion de dernière maladie.*

Pour que l'incapacité s'applique, la jurisprudence exige que le traitement et la disposition aient été faits pendant une maladie proprement dite; mais pendant quelle maladie? Le Code le dit lui-même « Pendant la maladie dont elle (la personne qui dispose) meurt ». Que faut-il entendre par cette expression?

La jurisprudence ici encore et toujours en vue de favoriser la libéralité a interprété le texte à la lettre. Tirant argument du mot « dont » dans l'expression « maladie dont elle meurt », elle a déclaré que la maladie visée doit s'entendre de la *maladie qui a réellement emporté le disposant,* et sa solution s'analyse en deux propositions inverses. L'incapacité ne s'appliquera pas, alors que le traitement aurait duré sans interruption depuis la confection du testament ou de la donation jusqu'à la mort du disposant, si ce dernier est décédé d'une autre maladie que celle dont il était atteint au jour de la libéralité; à l'invers, l'incapacité s'appliquera, alors même que le testament ou la donation remonterait à une date assez éloignée si le gratifiant

est mort de la maladie dont il souffrait déjà au jour de la libéralité. Si illogique que puisse nous paraître cette solution, elle a cependant été admise de tout temps par la jurisprudence.

I. — En ce qui concerne le premier point, il existe plusieurs arrêts, remontant jusqu'au début du XIXe siècle. Nous trouvons d'abord un vieil arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 janvier 1833 (D. P. 1833.1.71et S. 1833.1.339) dans lequel les héritiers d'une vieille dame avaient attaqué, en vertu de l'article 909, le testament fait par elle en faveur de son médecin. Cette dame s'était fracturée une jambe quelques années auparavant; la réduction de la fracture ayant été mal faite, elle avait eu besoin jusqu'à sa mort de soins nombreux, qui lui furent prodigués par le médecin dont le nom se trouvait dans le testament. La Chambre des Requêtes repoussa la demande des héritiers la disposition n'ayant pas eu lieu pendant la dernière maladie de la testatrice. Celle-ci, en effet, décédée à l'âge de quatre-vingt-deux ans n'était pas morte des suites de la fracture de sa jambe, mais était tout simplement décédée d'usure, de vieillesse.

La Chambre des Requêtes a encore adopté la même solution dans deux arrêts du début du XXe siècle, du 14 avril 1908 (D. P. 1908.1.392 et S. 1908.1.456) et du 21 avril 1913 (D. P. 1913.1.421 et S. 1919.1.367). Dans l'arrêt du 14 avril 1908, une libéralité avait été faite à son médecin traitant par une dame Payen, alors atteinte de diabète. Les héritiers de cette dame Payen attaquèrent après sa mort son testament, en vertu de l'art. 909,

mais la Cour de cassation repoussa leur prétention. La libéralité ne rentrait pas dans les termes de la loi, n'ayant pas eu lieu pendant la maladie dont était morte la testatrice, celle-ci ayant succombé non au diabète, mais à une fièvre typhoïde. La Chambre des Requêtes a admis la même solution dans l'arrêt du 21 avril 1913 dans lequel une demoiselle de Chausenque avait institué comme légataire de ses immeubles, le curé de sa paroisse, l'abbé Goulinat, à charge de servir une rente viagère de 1.200 francs à un père Passionniste qui avait été pendant vingt-cinq ans son chapelain et son confesseur. L'abbé Goulinat attaqua la libéralité en vertu de l'article 909, prétendant le legs nul, ayant été fait par la demoiselle de Chausenque à son confesseur pendant sa dernière maladie et étant trop fort, par ailleurs, pour pouvoir constituer un legs rémunératoire. La Cour répondit que le legs en réalité ne rentrait pas dans les termes de l'article 909, la libéralité n'ayant pas eu lieu pendant la dernière maladie de la disposante, celle-ci ayant succombé à la vieillesse non à la bronchite chronique dont elle était atteinte au moment de la confection du testament.

Ainsi, l'incapacité ne s'applique pas lorsque le disposant est mort d'une autre maladie que celle dont il était atteint lors de la confection du testament, alors même que le médecin l'aurait traité sans interruption depuis le jour de la libéralité jusqu'à son décès.

Cette solution semble critiquable. L'influence exercée par le médecin ou le ministre du culte sur l'esprit du

disposant sera exactement la même que celui-ci soit mort de la maladie dont il était atteint au moment de la libéralité ou qu'il ait succombé à une autre maladie, si le médecin ou le ministre du culte l'a traité sans interruption jusqu'à son décès. Ce qui en effet, est important ce n'est pas le point de savoir si le donateur ou le testateur est mort de telle ou telle maladie, mais celui de connaître s'il a été traité ou non par son médecin jusqu'à sa fin. Il serait dès lors, beaucoup plus logique et beaucoup plus rationnel de déclarer incapable le médecin ou le ministre du culte qui a appliqué au disposant son dernier traitement et a été gratifié par lui pendant ce traitement, et de substituer ainsi à la notion de dernière maladie, la notion de *dernier traitement.*

Cependant, la solution de la jurisprudence s'explique très bien, étant donnée la rédaction de l'article 909. Cet article emploie en effet l'expression « maladie dont elle meurt », et les tribunaux sont moins libres ici qu'en toute autre matière, les textes prévoyant les incapacités devant être interprétés strictement. On se trouve, dès lors en présence d'un conflit existant entre les deux idées suivantes, d'une part qu'il convient d'élargir l'incapacité étant donné son fondement, mais, d'autre part, que cet élargissement est difficile les textes visant les incapacités devant être interprétés restrictivement. Il serait plus logique et plus rationnel d'admettre la notion de dernier traitement; mais la jurisprudence a penché en faveur de l'interprétation restrictive celle-ci cadrant bien avec son désir de favoriser les libéralités et de restreindre l'incapacité.

II. — Seulement, par son interprétation stricte du texte, la jurisprudence a été amenée dans l'hypothèse inverse de la précédente à admettre un élargissement de l'incapacité. Si l'article 909 ne peut jouer que lorsque le traitement et la disposition ont été faits pendant la maladie dont est mort le disposant, il doit, à l'invers, s'appliquer chaque fois que pendant cette maladie dont est décédé le gratifiant ont eu lieu traitement et disposition, alors même que le mal aurait duré très longtemps et que la libéralité aurait été adressée bien avant la mort du donateur et du testateur.

Notre ancien droit semble avoir été sur ce point beaucoup moins large. L'ancien droit ne rendait incapable parmi les médecins, apothicaires et confesseurs que ceux qui avaient traité le donateur ou le testateur pendant sa dernière maladie. Or, la notion de dernière maladie était bien plus étroite que ne l'est aujourd'hui la notion de « maladie dont elle meurt » admise par le Code. Nos anciens auteurs, qui étudiaient cette notion, non pas à propos de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte, mais à propos des donations à cause de mort, ne faisaient pas en effet remonter la dernière maladie jusqu'aux premières atteintes du mal; ils ne la faisaient commencer seulement qu'à partir du moment où elle présentait une certaine gravité, lorsque le malade se trouvait en danger de mort. La coutume de Nivernais (1) s'exprimait ainsi : « La donation est censée et réputée à cause de mort quand elle est faite

(1) *Les donations*, chap. 37, art. 5.

par malade de maladie dont il meurt après ou de maladie vraysemblablement dangereuse de mort, ou même quand elle est faite par personne étant en vraysemblant danger de mort. » Pothier (1) prévoyait même le cas de phtisie et déclarait que la donation faite par un phtisique ne peut être considérée à cause de mort que si la maladie a déjà atteint une certaine gravité. « Que la maladie, dit-il, lors de la donation était mortelle de sa nature, mais qu'elle n'eut trait à une mort éloignée et n'empêchât pas le donateur de pouvoir espérer encore plusieurs années de vie, telle qu'est par exemple une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à une certaine période, en ce cas, la donation ne sera pas réputée pour cause de mort. » Enfin dans un arrêt du 20 août 1663, le parlement de Paris avait confirmé une donation « sur ce que la maladie n'était pas pressante et n'avait pas trait à la mort. »

Au contraire, notre jurisprudence, interprétant à la lettre l'article 909, fait remonter la dernière maladie jusqu'à ses premiers symptômes, et nous possédons plusieurs arrêts adoptant cette solution. Il y a d'abord un arrêt de la Cour de Toulouse du 12 janvier 1864 (D. P. 1864.2.9 et S. 1864.2.114). Le célèbre prédicateur de Notre-Dame, le père Lacordaire, était décédé le 21 novembre 1861 laissant un testament olographe en date du 17 décembre 1860 par lequel il léguait tous ses biens présents et à venir à son collaborateur, l'abbé Mourey, sous-directeur de l'école de Sorèze. Léon Lacordaire,

(1) Pothier : *Donations entre vifs*, section 1, n° 13.

frère consanguin du défunt attaqua le testament comme contraire à l'article 909, et celui-ci fut annulé par le tribunal de Castres, puis par la Cour de Toulouse. Dans cette affaire il n'était pas douteux que le père Mourey avait été le directeur de conscience du père Lacordaire, mais le père Mourey prétendait le testament valable pour deux raisons : d'abord, parce qu'il lui était absolument impossible de capter l'héritage, le père Lacordaire étant d'une intelligence bien supérieure à la sienne, et n'ayant pu, dès lors, subir son influence. (Sur ce point la Cour répondit qu'on ne devait pas prendre en considération cette allégation « attendu que la prohibition écrite dans l'article 909 est absolue »); ensuite parce que le legs n'avait pas été fait pendant la dernière maladie du père Lacordaire, celui-ci n'étant mort qu'onze mois plus tard, après avoir eu des périodes d'amélioration très sérieuses qui lui avaient permis de reprendre ses travaux. Mais ici encore la Cour rejeta les conclusions du père Mourey et déclara qu'on était bien en présence d'une dernière maladie, attendu que le père Lacordaire était mort de l'anémie dont il était atteint au jour de la confection du testament et que la durée de cette maladie n'importait pas. « Attendu, dit-elle, que ces faits suffisent pour démontrer une maladie qui reconnue une anémie en 1860, était encore une anémie en 1861,... qu'on peut donc affirmer qu'à dater du mois de mars 1860, il n'y ait pas d'époque où lepère Lacordaire n'ait été atteint de la maladie dont il est mort. », que par ailleurs, en ce qui concerne les périodes d'amélioraient invoquées, elles devaient être écartées

n'étant que des améliorations et non des guérisons, qu'on se trouvait toujours par conséquent, en présence de la maladie ayant emporté le disposant.

Cette opinion de la Cour de Toulouse a été adoptée ensuite par la Cour de Paris dans un arrêt du 8 mars 1867 (D. P. 1867.2.145 et S. 1867.2.169) malgré les conclusions contraires de l'avocat général de Vallée. Dans ses conclusions, l'avocat général de Vallée tendait à revenir à la solution de l'ancien Droit : « Qu'entend-on juridiquement, dit-il, par dernière maladie? La première condition, c'est que la libéralité ait été faite pendant la dernière maladie, la maladie dont on décède. Quelle sera cette maladie? Commencera-t-elle pour les phtisiques avec le germe qui les tuera? Non, à coup sûr. Ici je ne suis pas d'accord avec la Cour impériale de Toulouse; oh! pas du tout, quand bien-même la maladie aurait été persévérante dans son cours et fatale dans son issue, comme le dit l'arrêt Lacordaire; ce ne sera la dernière maladie qu'à des conditions juridiques que l'ancien Droit détermine mieux que le nôtre mais que le nôtre a tacitement acceptées », puis il développe les idées de notre ancien Droit citant des textes de nos vieilles coutumes et de nos anciens auteurs, et il conclut avec eux que la dernière maladie doit s'entendre de la maladie qui a emporté le disposant, non dès son début, dès ses premières atteintes mais à partir seulement du moment où elle présente un certaine gravité, où elle a « un trait prochain à la mort », « Ainsi, ce qu'exigent, dit-il, les auteurs et la jurisprudence c'est que la maladie ait un trait prochain

à la mort ». La Cour de Paris, cependant, ne se rangea pas aux conclusions de son avocat général; s'appuyant non sur l'expression de dernière maladie employée par nos anciens auteurs, mais sur l'expression de « maladie dont elle meurt » employée par le Code, elle déclara que la dernière maladie doit s'entendre du mal auquel a succombé le disposant dès ses premières manifestations et elle confirma le jugement du tribunal de la Seine qui avait annulé la libéralité.

La Cour de cassation, enfin, dans un arrêt du 29 juillet 1891 (D. P. 1891.1.260 et S. 1892.1.518) vint sanctionner cette solution admise par les Cours d'appel. Elle déclara que l'expression de « maladie dont elle meurt » doit s'entendre de la maladie dont est mort le disposant dès son début, alors même qu'elle aurait duré très longtemps et qu'elle aurait été marquée par des périodes d'amélioration s'il n'y a eu qu'amélioration et non guérison complète. On n'a pas suivi sur ce point notre ancien droit.

Que faut-il penser de cette jurisprudence?

Il est hors de doute que les tribunaux ne se soient fort bien conformés au texte de l'article 909. Cet article, en effet, parle de « maladie dont elle meurt », il n'exige par conséquent qu'une seule chose c'est que le traitement et la disposition aient eu lieu pendant la maladie à laquelle a succombé le gratifiant, sans qu'il y ait besoin de rechercher si la libéralité a été faite au début ou à la fin de cette maladie. Il n'en est pas moins vrai que cette interprétation littérale aboutit à un résultat

irrationnel et même injuste. Au point de vue rationnel, cette solution en effet, n'est pas très heureuse; il serait préférable d'admettre la notion de notre ancien droit. Le médecin et le ministre du culte ne peuvent guère exercer leur influence et capter l'héritage qu'à partir du moment où le malade a particulièrement besoin de leurs services et se trouve suffisamment affaibli pour pouvoir céder à leurs instances. Dès lors, dans les maladies de langueur, il semble inexact de faire remonter l'incapacité jusqu'aux premières atteintes du mal car à ce moment-là, le malade peut encore assez aisément guérir, il n'est pas arrivé à l'époque où il sacrifierait tout à son médecin pour que celui-ci s'occupe particulièrement de lui; la mort, par ailleurs, lui apparaît assez lointaine, le problème de la vie éternelle ne se pose pas encore et le ministre du culte ne peut avoir à ce moment-là sur son esprit l'influence redoutée qu'il aura au moment de sa mort. Cette emprise ne peut guère s'implanter que lorsque le mal présente une certaine gravité.

Cette solution aboutit, en outre, à un résultat injuste, comparée au cas précédent. Une personne tuberculeuse arrivée à toute extrémité, mais jouissant encore de la plénitude de ses facultés intellectuelles, fait un legs universel en faveur d'un médecin la traitant depuis très longtemps. Quarante-huit heures après avoir fait son testament, cette personne meurt non de tuberculose mais d'une rupture d'anévrisme complètement indépendante de la tuberculose. La jurisprudence déclare le testament valable, celui-ci n'ayant pas été fait pendant la maladie dont est morte la disposante. A

côté, une autre personne, atteinte elle aussi de tuberculose, fait un legs universel à son médecin dès les premières atteintes du mal, à un moment où elle jouit encore d'une assez bonne santé et où le médecin commence seulement à la soigner. Cette personne ne meurt de la tuberculose que dix-huit mois plus tard. La jurisprudence déclare le testament nul, ce testament ayant été fait pendant la maladie dont est morte la disposante.

On est ici en présence d'un résultat absolument injuste et illogique. Il serait préférable d'admettre la notion de dernier traitement et de n'annuler la disposition qu'autant qu'elle ait eu lieu à un moment où le mal présentait une certaine gravité.

Il convient de remarquer cependant que cette dernière solution serait assez difficile à adopter étant donnée la rédaction de l'article 909 qui parle de « maladie « dont elle meurt »; et la jurisprudence n'a pu restreindre ici l'incapacité à cause précisément de cette rédaction.

L'incapacité s'appliquera évidemment lorsque le médecin aura traité le disposant pendant sa dernière maladie, mais lorsque par erreur de diagnostic, il l'aura soigné pour un autre mal que celui dont il était atteint. Cette question ne mériterait même pas d'être signalée, si elle ne s'était présentée en jurisprudence et n'avait donné lieu à un arrêt de la Cour de Gand du 15 décembre 1890 (Fasc., 1890.2.236). La Cour de Gand dans cet arrêt, avait validé le legs fait par une personne à son médecin traitant, pendant sa dernière maladie, sous

prétexte que le médecin ne l'avait pas soignée pour le mal dont elle était atteinte.

Cette solution semble fort critiquable; au point de vue des textes d'abord : c'est interpréter singulièrement l'expression « *pendant* la maladie dont elle meurt »; au point de vue logique ensuite : qu'il y ait erreur de diagnostic ou non l'influence du médecin sera la même, le malade ne sachant même pas qu'il s'est trompé. Cette jurisprudence, enfin, aboutirait à un résultat injuste : elle permettrait au médecin gratifié, afin de pouvoir bénéficier de la libéralité, de prouver sa maladresse et son ignorance et on arriverait ainsi à donner plus de droits au mauvais médecin qu'au bon.

Il faut donc que le traitement et la disposition aient été effectués pendant la maladie dont est mort le disposant. Sur le point de savoir si, dans un cas donné, on est en présence de la maladie dont est décédé le gratifiant, il n'y aura pas la plupart du temps de difficulté. Toutefois, il est un cas où une difficulté va se présenter : c'est lorsque le donateur ou le testateur a succombé à une maladie chronique. A partir de quel moment va-t-on considérer la maladie chronique comme dernière maladie? Il y a entre maladie chronique et maladie de langueur une différence importante. Alors que la maladie de langueur dure continuellement, la maladie chronique est caractérisée, elle, par des crises à intervalles réguliers, coupées par des périodes de santé. Sans doute, au cours d'une maladie de langueur se trouvent des moments d'amélioration, mais ce n'est que de l'amé-

lioration et non la guérison, au contraire, dans la maladie chronique apparaissent des époques de guérison complète et chaque crise constitue en quelque sorte comme une maladie distincte. Cependant, cette maladie se retrouvant toujours la même à intervalles réguliers, il se produit entre les crises une solution de continuité qui peut la faire considérer dès le début comme une dernière maladie. Alors, la question se pose de savoir si on va considérer comme dernière maladie, la dernière crise ou la maladie toute entière depuis ses premières manifestations?

Il y a un point hors de doute : la libéralité doit être déclarée nulle si elle a été faite au médecin ou au ministre du culte traitants pendant la dernière crise, car il y a bien là dernière maladie. Elle doit être, au contraire, valable, si elle a eu lieu pendant un intervalle de santé, quoique cet intervalle ait été suivi de rechute, le malade à ce moment-là ne subissant pas du tout l'influence de son médecin et de son ministre du culte et aucune captation n'étant à craindre. La difficulté apparaît lorsque la personne atteinte de maladie chronique fait son testament au cours d'une crise, revient à la santé, puis succombe à une nouvelle crise. Logiquement, la libéralité doit être valable, car si une captation a été opérée, le gratifiant une fois revenu à la santé a eu toute facilité pour la révoquer, si c'est un legs, ou la faire révoquer, si c'est une donation; cette révocation n'ayant pas été faite, il y a tout lieu de croire que la disposition a été adressée en toute liberté; le cas semble alors le même que lorsqu'il y a maladie, guérison et nouvelle maladie.

Cependant, en cas de maladie chronique, à la différence de ce qui se passe en cas de maladie, guérison et nouvelle maladie, il existe entre les diverses crises une solution de continuité, ayant même source et se présentant à intervalles réguliers, ce qui pourrait la faire considérer, dès son début, comme dernière maladie. Il convient d'observer, par ailleurs, qu'en cas de maladie chronique, le malade revenu à la santé est moins libre pour révoquer son legs, sachant très bien qu'il aura une rechute et il peut craindre que, s'il accomplit cette révocation, le médecin refuse de le soigner ou le soigne mal.

Malgré toutes ces observations, il semble cependant qu'on ne doive appliquer l'incapacité qu'à la dernière crise. Entre deux crises, en effet, le malade est en bonne santé, il ne subit dès lors que fort peu l'influence de son médecin et de son ministre du culte et il lui est très aisé de révoquer ou de faire révoquer la libéralité à eux adressée précédemment.

Cette solution, d'ailleurs, a été admise par le tribunal de Niort dans un jugement du 30 avril 1857 (D. P. 1859. 3.15). Une personne atteinte de maladie chronique avait fait son testament en faveur de son médecin alors qu'elle était malade; cette personne était ensuite revenue à la santé puis, avait eu une dernière crise qui l'avait emportée. Le tribunal admit la validité du legs, « attendu que cet intervalle de santé entre deux époques de maladie suffit, sinon aux yeux de la science, du moins aux yeux de la loi, pour faire considérer ces deux phases de l'état du testateur, comme deux maladies distinctes ».

### Section III. — La question de la concomittance entre le traitement et la libéralité pendant la dernière maladie.

Pour que l'incapacité s'applique, il faut donc deux conditions : d'abord qu'il y ait eu traitement, ensuite que ce traitement et que la disposition attaquée aient été faits pendant la maladie dont est mort le disposant. Une dernière question se pose : n'est-il pas nécessaire d'ajouter une troisième condition? Ne faudrait-il pas exiger la concommittance de la disposition et du traitement?

Il semble qu'on doive répondre par l'affirmative. L'article 909, en effet, présume captée toute libéralité adressée au médecin ou au ministre du culte. Or, cette présomption ne peut être faite que si, au jour de la confection de la donation ou du testament, le médecin et le ministre du culte étaient en mesure d'exercer leur influence sur le malade en le traitant. Par conséquent, devrait être valable la disposition adressée par un malade pendant sa dernière maladie à son médecin ou à son directeur de conscience, si au jour de la libéralité, ce médecin ou ce directeur de conscience ne le traitait pas encore. Devrait être valable également le legs adressé par une personne à son médecin ou à son ministre du culte si ce dernier l'a traitée pendant sa dernière maladie mais si au moment de la rédaction du legs ou de la donation, il ne la traitait plus depuis longtemps. Dans ces deux cas, en effet, médecin et ministre du

culte n'ont pas ou n'ont plus lors de la disposition, aucune influence sur l'esprit du disposant.

Cependant interprétant toujours restrictivement les termes du Code, la jurisprudence n'a pas voulu admettre cette opinion. Dans l'arrêt du 8 mars 1867 (D. P 1867. 2.169), la Cour de Paris a déclaré que cette concomittance du traitement et de la libéralité n'était pas du tout nécessaire : le Code a exigé deux choses : qu'il y ait pendant la dernière maladie traitement et libéralité; c'est tout, il n'a aucunement déclaré obligatoire la préexistence du traitement à la disposition; comme il n'en a pas parlé, on ne peut l'exiger : « Considérant, dit l'arrêt, que l'article 909 du Code Napoléon établit une présomption légale résultant de deux circonstances, à savoir : la confection du testament et le traitement donné pendant la dernière maladie; qu'on éluderait la volonté de la loi en ajoutant une troisième condition à celles qu'elle a limitativement édictées... »

Que faut-il penser de cette solution? Cette solution semble critiquable. Il serait logique d'exiger la concomittance. Lorsque la libéralité, en effet, est faite avant le commencement du traitement, le médecin ou le ministre gratifié n'a pu, lors de la disposition, exercer sur l'esprit du malade aucune influence; il est impossible par conséquent que la donation ou le legs qui lui est adressé ait été le fruit d'une captation. D'un autre côté, lorsque le legs ou la donation a été fait une fois le traitement terminé, l'influence que le médecin ou le ministre du culte a pu avoir sur le malade lors du trai-

tement a cessé; le disposant dès lors, s'il a été victime d'une captation a eu toute possibilité pour révoquer le legs ou faire révoquer la donation. Si cette révocation n'a pas eu lieu c'est donc que la libéralité a été adressée librement. Sans doute, le Code n'exige pas expressément cette concomittance du traitement et de la libéralité, mais il n'était nul besoin de le faire; cette exigence résulte logiquement de la présomption sur laquelle est fondée l'incapacité. L'incapacité est basée sur une présomption de captation; cette présomption ne peut jouer qu'autant que le médecin et le ministre du culte étaient vraiment en mesure de l'exercer; or ce n'est pas le cas ici.

## CHAPITRE II

# CHAMP D'APPLICATION DE L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE

Le champ d'application de cette incapacité pose la double question de son étendue quant aux actes et quant aux personnes.

### SECTION I. — ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ QUANT AUX ACTES.

L'étendue de l'incapacité quant aux actes est précisée par l'article 909 lui-même : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens... *ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires* qu'elle aurait faite en leur faveur pendant le cours de cette maladie. » « Ne pouvant profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires... », il résulte clairement de ce texte que le Code frappe de l'incapacité toutes les libéralités, les dispositions entre vifs aussi bien que testamentaires, les donations aussi bien que les legs. — Il convient cependant de remarquer que la plupart du temps ces dispositions auront lieu dans des testaments et que presque

tous les arrêts qui se rencontrent en la matière portent sur des legs, non sur des donations; — mais le législateur a étendu avec raison l'incapacité aux donations parce que la fraude sans cela serait aisée : le médecin ou le ministre du culte captant un héritage se ferait gratifier dans une donation au lieu de se faire désigner dans un testament et éluderait ainsi facilement l'application de l'article 909, fait qui serait d'autant plus dangereux que la donation est irrévocable. La généralité des termes doit faire étendre l'incapacité à toutes les donations quelles qu'elles soient, même aux donations dépourvues de forme que sont les dons manuels.

Il y a cependant une catégorie de libéralités que le Code ne vise pas expressément : ce sont les charges. Ces libéralités tombent-elles sous le coup de l'article 909? Une personne, par exemple, a rédigé pendant sa dernière maladie un legs universel au profit d'un parent ou d'un ami, à charge de donner une somme assez forte (qu'on ne puisse considérer comme rémunératoire) à son médecin traitant ou à son confesseur. La libéralité adressée sous forme de charge va-t-elle être frappée de nullité?

On devrait logiquement répondre par l'affirmative. Une libéralité adressée sous forme de charge est en effet, aussi dangereuse qu'une libéralité directe et permet aussi bien qu'elle un abus d'influence et une captation. Par ailleurs, autoriser ces charges, serait faciliter la fraude et permettre de tourner facilement

l'application de l'article 909 : au lieu de gratifier directement son médecin ou son confesseur dans une donation ou dans un testament, le malade désignerait comme légataire universel une tierce personne quelconque à charge de verser presque tout au médecin ou au confesseur, ne lui laissant qu'une somme assez faible.

Cependant, la tendance générale de la jurisprudence est de valider les charges. La jurisprudence, en général distingue soigneusement la libéralité par voie directe de la libéralité avec charge et elle tend à reconnaître la validité des dispositions déclarées nulles par le Code, lorsque ces dispositions sont adressées sous forme de charge. C'est ainsi que l'article 906 du Code civil édicte une nullité contre les donations et les legs adressés aux personnes non conçues; voulant favoriser les libéralités et cette règle lui paraissant exagérée vis-à-vis principalement des libéralités adressées aux enfants à naître et aux associations non encore reconnues d'utilité publique, la jurisprudence s'est efforcée de la réduire le plus possible et elle a pour cela, interprété le texte restrictivement. Comme l'article 906 ne parle que de donations et de legs, elle a refusé d'étendre l'incapacité aux libéralités indirectes, notamment aux charges. La même solution va-t-elle se retrouver en matière d'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte? La jurisprudence a-t-elle admis ici encore la distinction entre les libéralités directes et les charges en refusant d'étendre l'incapacité à ces dernières? La jurisprudence ne semble pas avoir en la matière admis cette distinction. Dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du

2 avril 1913 (D. P. 1913.1.421 et S. 1913.1.367), déjà vu plus haut, la question de savoir si la charge tombait ou non sous le coup de l'article 909 n'a même pas été soulevée. L'abbé Goulinat, légataire universel avait demandé la nullité du legs mis à sa charge en faveur du père Sylvius, attendu que celui-ci avait été le confesseur de la testatrice pendant sa dernière maladie. Le Père Sylvius répondit que la libéralité était valable, non parce qu'elle était une libéralité avec charge et ne tombait pas sous le coup de l'incapacité, mais parce qu'elle ne rentrait pas dans les conditions exigées par la loi, n'ayant pas été faite pendant la maladie dont était morte la disposante. Et la Cour de cassation, en adoptant les conclusions du père Sylvius, admit implicitement que la libéralité avec charge était comprise dans la prohibition de l'article 909. La jurisprudence n'a pas pu ici écarter de l'incapacité les charges, à cause de la rédaction de l'article 909, cet article employait l'expression générale de *dispositions* entre vifs et testamentaires et voulant ainsi marquer son intention de frapper de l'incapacité toutes les libéralités quelles qu'elles soient, directes et indirectes.

Cette expression générale de « dispositions entre vifs et testamentaires » doit faire étendre également l'incapacité aux libéralités indirectes par acte neutre (1), comme l'immatriculation de titre au nom de l'incapable et le paiement d'une de ses dettes et la recon-

(1) L'acte est neutre en ce sens qu'il n'indique pas par lui-même s'il est onéreux ou gratuit.

naissance de dette faite en sa faveur alors qu'il n'y a pas de causes à cette reconnaissance.

Le Code ne vise pas seulement toutes les libéralités apparentes directes et indirectes, il atteint encore, en vertu de l'article 911, les libéralités déguisées sous forme d'acte à titre onéreux. « Toute disposition au profit d'un incapable, dit cet article, sera nulle, soit *qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux*, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées »; ainsi la libéralité adressée au médecin ou au ministre du culte traitant et déguisée sous la forme d'un contrat onéreux sera nulle, comme le serait une libéralité adressée à lui directement. Si par conséquent un malade passe au cours de sa dernière maladie un acte de vente avec son médecin ou son directeur de conscience et que ses héritiers viennent à prouver que cette vente, était en réalité, une donation simulée, le contrat sera nul en vertu de la combinaison de l'article 911 avec l'article 909.

Toutefois, si l'incapacité s'applique à toutes les libéralités directes ou indirectes, ostensibles ou simulées, elle ne s'applique cependant qu'aux libéralités et non aux actes à titre onéreux. On ne doit pas notamment, présumer libéralités déguisées, les contrats passés entre le malade et son médecin ou son directeur de conscience pendant sa dernière maladie. Sans doute, la personne lésée aura le droit de prouver qu'il s'agit là d'une donation déguisée, mais on ne doit pas présumer ce déguisement.

Telle est l'opinion de la jurisprudence, qui s'est manifestée dans deux arrêts de la Cour de Montpellier du 19 mai 1813 (S. 1814.2.90) et de la Cour de Pau du 24 août 1825 (D. P., 1826.2.4 et S. 1826.2.35). Dans l'arrêt du 19 mai 1813, une personne avait vendu durant sa dernière maladie, des immeubles à son confesseur, en se réservant l'usufruit de ces immeubles. Cette personne morte, ses héritiers attaquèrent la vente prétextant qu'elle devait être considérée comme donation déguisée, ayant eu lieu pendant la dernière maladie de la venderesse au profit de son confesseur. Mais la Cour rejeta leur demande, l'article 909 ne visant que les libéralités et la vente ne pouvant être présumée donation déguisée, la preuve de la simulation étant à la charge des héritiers.

La même solution se retrouve dans l'arrêt de la Cour de Pau du 24 août 1825. La Cour déclara, dans cet arrêt, que ne devait pas être annulée la disposition par laquelle le malade avait institué son confesseur comme exécuteur testamentaire si cet exécuteur n'était gratifié d'aucun legs, alors même que toute la fortune devait être employée à faire dire des messes, car l'exécution testamentaire n'est pas une libéralité et l'article 909 ne s'applique qu'aux libéralités.

Il semble que cette solution de la jurisprudence doive être adoptée. En ce qui concerne d'abord l'exécution testamentaire, celle-ci doit être pleinement valable ne constituant pas une disposition à titre gratuit et n'étant pas susceptible de permettre une simulation : l'exécu-

teur testamentaire n'étant qu'un simple mandataire du disposant.

La solution est plus dangereuse en ce qui concerne les actes à titre onéreux et notamment la vente. Il est à craindre, en effet, que le médecin ou le ministre du culte, en vue d'éluder l'application de l'article 909, ne se fasse faire sa donation sous forme de vente et n'échappe ainsi à l'incapacité. Ne serait-il pas opportun, dès lors, de présumer donation déguisée la vente faite à son médecin ou à son directeur de conscience par le malade pendant sa dernière maladie? La jurisprudence, interprétant restrictivement le texte a répondu par la négative, et sa solution semble juste. L'article 909 ne vise en effet, que les libéralités ostensibles, l'article 911 que les libéralités déguisées et prouvées déguisées; comme les textes prévoyant les incapacités doivent être interprétés restrictivement, on ne doit pas, en l'absence de disposition expresse, présumer libéralités déguisées les actes à titre onéreux. Par ailleurs, il serait exagéré d'empêcher toute relation juridique entre le malade et son médecin ou son ministre du culte. Une simulation, sans doute, est ici à craindre, mais les héritiers auront, en ce cas, toute facilité et toute latitude pour la prouver.

On peut conclure en disant que dans l'article 909 sont visées toutes les libéralités quelles qu'elles soient, directes, indirectes, apparentes, simulées, mais seulement les libéralités et non les actes à titre onéreux.

## Section II. — Etendue de l'incapacité quant aux personnes.

L'article 909 désigne expressément un certain nombre d'individus. Il importe toutefois de rapprocher de cet article 909, l'article 911 qui vise les personnes interposées et présumées interposées. Des fraudes, en effet, sont à redouter; il est à craindre notamment qu'en vue de valider sa libéralité, le disposant ne la fasse au nom d'un tiers capable avec charge, laissée à sa bonne foi, de la remettre à l'incapable. Aussi, le Code a été sage de prévoir cette fraude et de proclamer dans son article 911 la nullité des libéralités faites dans ces conditions.

Deux catégories d'incapables vont être à examiner : 1° Les incapables visés directement par l'article 909 et 2° les incapables visés indirectement par l'article 911.

### § 1. — *Incapables visés directement par l'article* 909.

L'article 909 vise deux grandes catégories de personnes : d'abord les personnes exerçant l'art de guérir : docteurs en médecine et en chirurgie, officiers de santé et pharmaciens qui sont désignés dans son alinéa 1, ensuite les personnes traitant l'âme du malade, dirigeant sa conscience, qui sont désignées dans son alinéa 3, sous le terme de ministres du culte.

I. — Dans la première catégorie, l'article 909 énumère quatre classes d'individus : les docteurs en méde-

cine, les docteurs en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens.

L'article 909 désigne, en premier lieu, les *docteurs en médecine*. Il n'y a pour eux aucune difficulté, l'incapacité s'applique à tous sans distinction, qu'ils soient spécialistes ou non, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions exigées par la loi.

Le Code parle ensuite des *docteurs en chirurgie*. Le titre de docteur en chirurgie aujourd'hui n'existe plus, il a été supprimé par la loi du 30 novembre 1892 dans son article 8 : « Le grade de docteur en chirurgie, dit cet article, est, et demeure aboli. » Toutefois, la question ne soulève pas de difficulté, car les chirurgiens sont tous docteurs en médecine, et comme tels incapables.

L'article 909 vise en troisième lieu, *les officiers de santé*. A l'heure actuelle, cette profession d'officier de santé n'existe plus; elle a été supprimée par la loi du 30 novembre 1892 qui a réservé dans son article premier le droit d'exercer la médecine aux seuls docteurs en médecine. « Nul ne peut exercer la médecine en France s'il n'est muni d'un diplôme de docteur en médecine délivré par le gouvernement français. » Une exception toutefois a été admise par la loi dans ses articles 29 et 31 en faveur des officiers de santé alors en exercice et des élèves-officiers de santé ayant pris leur première inscription au jour de la promulgation de la loi. Aujourd'hui, il n'existe pour ainsi dire plus d'officiers de santé et l'incapacité s'étendant à eux n'a plus à s'appliquer.

La loi enfin, comprend dans sa prohibition *les pharmaciens*. Cette extension aux pharmaciens peut tout

d'abord surprendre. Il a été dit plus haut que le Code comme condition essentielle de l'incapacité exige de la part de l'incapable un traitement. Or, est-ce qu'un pharmacien peut traiter? Il importe de savoir quel est le rôle que peut et doit jouer le pharmacien. Le rôle du pharmacien est uniquement de livrer des médicaments sur ordonnance du médecin, il n'a pas le droit de prescrire des remèdes, ni de donner des consultations; il ne peut pas traiter, un traitement de sa part, constituerait un véritable exercice illégal de la médecine. Les pharmaciens ne rentrent pas dans les conditions de la loi, ils doivent être dès lors déclarés capables. C'est la solution qui a été admise par la Cour de Montpellier dans un arrêt du 31 août 1852 (D. P., 1852.2.91 et S. 1853.2.585). La Cour écarta l'incapacité et admit la validité du legs, le pharmacien n'ayant fait que livrer des remèdes, appliquer des sangsues et tâter le pouls du malade, n'ayant pas, par conséquent, traité le disposant.

Mais alors, si le pharmacien par son rôle même ne peut pas traiter le malade, comment se fait-il que le Code soit venu le viser expressément dans son article 909? Dans son exposé des Motifs (1) Bigot-Préameneu en donne la raison : « La section, dit-il, a cru devoir y comprendre les apothicaires sous le titre de pharmaciens : en beaucoup d'endroits et surtout dans les campagnes, ils traitent et administrent les remèdes. » Si le Code a parlé des pharmaciens, c'est parce que souvent ceux-ci outrepassent leurs droits et traitent en réalité

(1) Voir Fenet, t. XII, p. 443.

le malade. Dans ce cas alors, ils seront incapables parce qu'ils tombent bien dans les conditions de la loi qui exige un traitement. Cette solution a été admise par la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 avril 1868 (D. P. 1868.1.378). La Cour admit la nullité du legs, le pharmacien gratifié ne s'étant pas contenté de livrer des remèdes sur ordonnance du médecin, mais ayant lui-même prescrit des médicaments et ayant, en fait, traité le malade. Et cet arrêt du 7 avril 1868 résume bien la jurisprudence concernant l'incapacité des pharmaciens, en ces termes : « Considérant que ledit article 909 ne déclare pas incapables de recevoir par dispositions entre vifs ou testamentaires les pharmaciens qui se seraient bornés à préparer sur les ordonnances du médecin, les médicaments destinés au malade et même à en surveiller l'application, mais seulement, ceux qui auront donné des soins médicaux, prescrit des remèdes ou modifié ceux ordonnés par le médecin... »

On peut résumer l'étendue de l'incapacité des pharmaciens en disant que sont visés non ceux qui se contentent d'exercer la pharmacie, mais ceux seulement qui dépassent leurs droits et exercent illégalement la médecine.

Telles sont les personnes prévues expressément par l'article 909 alinéa 1. Une question alors se pose : doit-on étendre l'incapacité à d'autres individus exerçant l'art de guérir et n'étant pas cependant prévus par le Code? Il semble qu'on doive répondre immédiatement par la négative. Il s'agit d'une incapacité et les textes pré-

voyant les incapacités doivent être interprétés restrictivement; il semble dès lors impossible d'étendre l'application de l'article 909 à des personnes non expressément désignées par la loi. Mais, d'un autre côté, il est des individus exerçant l'art de guérir qui ne sont pas compris dans le texte et de qui cependant un abus d'influence est fort à craindre, autant et souvent même plus que de la part d'un médecin ou d'un chirurgien. A ces personnes, il conviendrait rationnellement d'étendre l'incapacité. En présence de ce conflit, quelle solution adopter?

Il y a d'abord une personne qui a certains titres pour exercer l'art de guérir et qui cependant n'est pas visée par le Code : c'est la *sage-femme*. Doit-on lui étendre l'incapacité? Nous n'avons pas sur ce point de jurisprudence. Avant de répondre à la question posée, il importe préalablement d'examiner le rôle que joue et doit jouer la sage-femme. Ses droits lui sont délimités par la loi du 30 novembre 1892 qui dans son article 4 dispose : « Il est interdit aux sages-femmes d'employer des instruments. Dans les cas d'accouchements laborieux, elles feront appeler un docteur en médecine ou un officier de santé.

Il leur est également interdit de prescrire des médicaments. »

De ce texte, il résulte clairement que la sage-femme n'a pas le droit d'appliquer à l'accouchée un traitement médical ni chirurgical. Il importe dès lors de distinguer deux cas :

Ou l'accouchement est normal et se fait sans aucune

complication. La sage-femme gratifiée doit être alors pleinement capable, et ce, pour deux raisons : d'abord, comme le fait remarquer Demolombe (1), parce qu'il n'y a pas ici véritable maladie, l'accouchement normal étant un fait naturel, ensuite et surtout, parce que la sage-femme ne traite pas la disposante, n'ayant qu'un simple rôle d'aide et de surveillance.

Ou deuxième cas, l'accouchement est laborieux et présente des complications, la sage-femme alors doit appeler immédiatement un médecin; elle ne peut rien faire; et si une fois le médecin arrivé, elle reste à la maison, elle ne sera que son aide et son auxiliaire.

Ainsi la sage-femme qui se borne à son rôle de sage-femme ne peut être déclarée incapable, ne traitant pas la malade. Cette solution se trouve d'ailleurs, en harmonie avec le principe de l'interprétation restrictive des textes prévoyant les incapacités.

Mais il arrive parfois que celle-ci dépasse ses droits et exerce en fait la médecine, en pratiquant une légère opération ou en prescrivant certains remèdes, faits d'ailleurs qui sont souvent justifiés par l'urgence. Dès lors, aussitôt qu'il se produit une complication, l'accouchement n'est plus un fait naturel, mais devient une véritable maladie rentrant dans le cadre de l'article 909. En outre la sage-femme applique un véritable traitement médical et exerce illégalement, peut-être, la médecine; elle rentre par conséquent dans la catégorie générale des médecins de fait qui sera examinée plus loin.

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 510.

Bref, il est de l'incapacité de la sage-femme comme de celle du pharmacien : si elle se borne à son rôle de sage-femme, elle est capable, n'accomplissant pas un véritable traitement; si au contraire, elle dépasse ses droits et exerce illégalement la médecine, elle rentre dans la classe des personnes exerçant illégalement l'art de guérir.

Telle est la solution qui est admise par la presque totalité de la doctrine (1).

A côté des personnes qui exercent légalement l'art de guérir, il est toute une autre catégorie d'individus qui l'exerce illégalement, sans aucun titre. Parmi ceux-ci, on peut citer en premier lieu les pharmaciens et les sages-femmes qui dépassent leurs droits, en second lieu, toute une classe de médecins de fait, plus ou moins ignorante, que Pothier désignait sous le terme général d'empiriques et qui comprend les charlatans, guérisseurs, sorciers et hypnotiseurs. Les charlatans et les guérisseurs sont des individus n'ayant jamais fait d'études de médecine, n'ayant aucun titre pour l'exercer, et prétendant cependant la connaître empiriquement et la pratiquant en fait; assez souvent, les remèdes ordonnés par eux sont des produits de leur invention et de leur fabrication. Les sorciers qui se retrouvent malheureusement encore dans certaines de nos campagnes, prétendent, eux, avoir le pouvoir à leur volonté de guérir ou rendre malade en usant de sorti-

(1) Voir Demolombe, t. XVIII, nº 510; Aubry et Rau, t. X, § 649, p. 491 note 36; Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot, nº 239, p. 245.

lèges; ces sorciers ont une influence considérable, la crédulité publique leur accordant aisément le pouvoir surnaturel qu'ils déclarent posséder. Quant aux hypnotiseurs, appelés encore magnétiseurs, ce sont des personnages qui traitent les malades en les endormant, en faisant le vide dans leur conscience et en substituant leur pensée et leur volonté à la leur.

Doit-on étendre l'application de l'article 909 à tous ces individus qui exercent illégalement la médecine.

Dans notre ancien droit, sans aucun doute, l'incapacité s'étendait à eux. « Un semblable motif, dit Pothier (1) a fait étendre la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, *empyriques, opérateurs* qui ont entrepris une cure » et Ricard (2) déclare : « Au surplus, quand nous disons que les médecins sont interdits de profiter des libéralités de leurs malades, cela ne doit pas être seulement entendu de ceux qui professent la médecine avec titre et qui sont gradués dans la Faculté, mais à plus forte raison de tous ceux qui sans avoir autre qualité qu'une suffisance le plus souvent médiocre et qui ne sont même quelquefois fondés que sur une hardiesse téméraire, s'ingèrent dans la cure des maladies. »

Notre Droit moderne a-t-il admis cette extension de l'ancien Droit?

Il y a un point hors de doute : en ce qui concerne les hypnotiseurs, la libéralité à eux adressée doit être nulle, non pas tant en vertu de l'article 909 qu'en vertu de l'article 901 du Code civil, le malade hypno-

(1) Pothier : *Traité des donations entre vifs*, section 1, art. 11, § 8.

(2) Ricard : *Traité des donations*, t. I, p. 114.

tisé se trouvant sous l'influence complète de l'hypnotiseur et n'ayant pu agir librement. Pour ce qui est des autres médecins sans titre, doit-on leur étendre l'application de l'article 909? On devrait l'admettre rationnellement. Une captation est aussi à craindre de la part d'une sage-femme et d'un pharmacien exerçant la médecine que de la part d'un médecin et d'un chirurgien. Elle est surtout beaucoup plus à redouter de la part d'un charlatan, d'un guérisseur ou d'un sorcier, ces individus ne présentant pas toutes les conditions d'honorabilité que présente un médecin et s'adressant à une clientèle essentiellement crédule; il apparaît ici, particulièrement nécessaire de protéger le public contre leurs captations. Cependant, à cette extension, il y a un obstacle. La jurisprudence déclare incapables les pharmaciens exerçant illégalement la médecine, mais il n'y a pas de difficulté, les pharmaciens étant visés expressément par l'article 909, au contraire, en ce qui concerne les charlatans guérisseurs, et sorciers, une grosse difficulté se présente, l'article 909 ne parlant pas d'eux du tout. On se trouve ainsi en présence d'un conflit entre les deux idées suivantes : d'une part, qu'il convient d'étendre l'incapacité à toutes les personnes de qui une captation est à craindre et d'autre part, que les textes visant les incapacités doivent être interprétés restrictivement et restreints aux seules personnes désignées dans la loi. Comment trancher ce conflit? Demante (1) s'est incliné en faveur de

(1) Demante, t. IV, n° 30, p. 63.

l'interprétation restrictive et a proclamé la non-extension : « Ainsi, conclut-on assez généralement, dit-il, que la personne qui sans aucun titre exerce effectivement la médecine serait atteinte par l'incapacité. Cependant, je crois plus exact de décider que cette application ne peut avoir lieu. En effet, le soin qu'a pris le législateur d'énumérer les divers titres auxquels s'attacherait l'incapacité doit faire considérer cette énumération comme limitative. »

Il semblerait, à première vue, que la jurisprudence doive se ranger à cette solution. La jurisprudence, en effet, veut favoriser les libéralités et elle interprète pour cela les textes restrictivement. Comme l'article 909 ne parle pas des personnes exerçant illégalement la médecine, il semblerait qu'elle doive les déclarer capables. Cependant, telle n'est pas son opinion. La jurisprudence ici, et nous avons sur ce point une jurisprudence constante, penche, contrairement à son habitude, en faveur de l'extension. Dans un vieil arrêt du 9 mai 1820 (S. 1820.2.259), la Cour de Paris valida le legs fait à un charlatan, mais, en précisant bien qu'elle ne l'admettait qu'à titre de disposition rémunératoire et en déclarant expressément que l'incapacité atteignait aussi bien les personnes exerçant la médecine sans titre que celle l'exerçant légalement. Dans un autre arrêt du 6 février 1830 (R. 363), la Cour de Grenoble admit la nullité du legs universel adressé à une guérisseuse, l'article 909 s'appliquant aussi bien à ceux qui exercent illégalement la médecine qu'aux autres. Enfin, à une date plus récente, la Cour de Lyon

a adopté la même solution dans un arrêt du 17 juin 1896 (D. P. 1897.2.419 et S. 1898.2.124), « attendu que cette incapacité de recevoir ne doit pas être limitée aux seuls docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé et pharmaciens mentionnés dans cet article, mais doit s'étendre à toute personne qui aura exercé un traitement médical sur une personne pendant sa dernière maladie; qu'elle s'applique notamment aux empiriques, charlatans, magnétiseurs qui exercent l'art de guérir sans titre légal et sans aucune garantie de savoir ni de moralité, acquièrent sur l'esprit simple et superstitieux de ceux qui ont foi en leur science une influence plus complète et plus dangereuse que celle que pourraient obtenir les médecins et pharmaciens. »

On peut se demander pourquoi la jurisprudence a admis ici l'extension. La jurisprudence n'a pas voulu ici interpréter le texte restrictivement parce qu'elle s'est trouvée précisément dans un cas où un danger de captation est à redouter. L'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte lui est apparue exagérée, parce que ces personnes présentent des garanties sérieuses de moralité; par contre elle lui est apparue très juste vis-à-vis des charlatans, guérisseurs et sorciers, ces individus ne présentant pas du tout ces garanties d'honorabilité et s'adressant à une clientèle essentiellement crédule et souvent superstitieuse; il lui est apparu alors de toute nécessité de protéger les familles contre leurs captations. La jurisprudence a été, en outre, amenée à cette solution par une considération d'équité; une décision contraire, en effet, aurait abouti

à donner plus de droits aux personnes exerçant la médecine sans titre qu'aux personnes l'exerçant légalement. Quant à l'obstacle provenant du texte, celui-ci, a pu être écarté aisément : il résulte, en effet, des travaux préparatoires du Code que l'intention des rédacteurs était d'étendre l'incapacité à tous ceux qui exercent illégalement la médecine. Dans son rapport au Tribunat, Jaubert (1) s'exprimait ainsi : « Il serait superflu de remarquer que la loi atteindra par voie de conséquence nécessaire tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal oseraient néanmoins s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir... »

L'article 909 ne parle pas des personnes exerçant sans titre la médecine, mais ce silence s'explique très bien : les rédacteurs ont cru inutile de les nommer, cette extension allant de soi : « Il serait superflu... » dit Jaubert, et, l'exercice illégal de la médecine étant réprimé pénalement, ils ont pensé que cette pratique n'aurait pas eu lieu (2).

Toute la doctrine moderne admet sans difficulté l'extension de l'incapacité aux personnes exerçant illégalement la médecine (3).

Certains auteurs ont voulu même aller plus loin et étendre l'incapacité à des personnes n'exerçant pas à proprement parler l'art de guérir bien qu'étant les

(1) Voir Locré : *Législation civile*, t. XI, p. 442.

(2) Il est à remarquer, d'ailleurs, que les exercices illégaux de la médecine tendent à disparaître de plus en plus aujourd'hui.

(3) Voir Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*, t. III, n° 907; A. Colin et Capitant : *Traité élémentaire de Droit civil français*, t. III, n° 902; Planiol

auxiliaires du médecin, comme les *gardes-malades et les infirmiers.*

Dans notre ancien droit, cette extension aux gardes-malades et aux infirmiers n'était pas admise. Furgole (1) enseignait en ce qui les concerne que « la lettre ni les motifs de l'ordonnance ne peuvent pas y être appliqués ».

Dans notre droit moderne, certains auteurs ont essayé de l'introduire. Delvincourt (2), le premier, l'a prôné : « Je penserais donc volontiers, dit-il, qu'ils doivent être compris dans la prohibition que j'étendrais pour la même raison aux *gardes-malades.* » Cette opinion a été reprise plus tard par Baudry-Lacantinerie et M. Colin (3). Ces auteurs ont admis l'incapacité en se basant sur cette constatation que les gardes-malades et les infirmiers peuvent acquérir une très grosse influence sur l'esprit de leurs malades. Ils sont, en effet, en rapport continuel avec eux, leur prodiguent leurs soins, leur administrent les médicaments prescrits par le médecin, leur font des pansements, en un mot, les soignent de façon régulière et continue, de façon beaucoup plus régulière et continue que le médecin lui-même. Or, il est à craindre que ces personnages par leur empressement à les servir, par leur docilité et leur obséquiosité ne parviennent à capter leur héritage; aussi, ces auteurs ont-ils voulu leur étendre l'application de l'article 909.

et Ripert : *Traité pratique de Droit civil français,* t. V, nº 239; Josserand : *Cours de Droit civil positif français,* t. III, nº 1420.

(1) Furgole : *Des donations,* question 34, nº 25.

(2) Delvincourt, t. II, explications, p. 206.

(3) Baudry-Lacantinerie et M. Colin : *Donations et testaments,* t. I, nº 481.

La majorité de la doctrine (1) cependant adopte une solution inverse et déclare les gardes-malades et les infirmiers en dehors de l'application de l'article 909; elle admet cette opinion pour deux motifs : d'abord, parce que le Code ne parle pas d'eux et qu'on ne doit pas étendre les textes prévoyant les incapacités, ensuite, parce que les infirmiers et les gardes-malades ne rentrent pas dans les conditions prévues par la loi, ne traitent pas le malade. Sans doute, ils prodiguent leurs soins au malade, et par là peuvent avoir sur lui une assez grosse influence, mais ils ne le traitent pas, n'ayant pas la direction des soins à lui donnés, ne faisant qu'accomplir leurs actes sous la direction du médecin. Les héritiers, en ce cas,pour faire tomber la libéralité,n'auront qu'une ressource, c'est de prouver la captation.

Quelle est sur ce point l'opinion de la jurisprudence? Deux arrêts ont été rendus sur cette question : l'un par la Cour de Lyon le 22 décembre 1909 (D. P. 1912.2.358 et S. 1913.2.76), l'autre par la Cour de Bordeaux le 5 mai 1931 (*D. H.*, 1931.403 et S. 1932.2.15). Dans l'arrêt du 22 décembre 1909, la Cour de Lyon, confirmant un jugement du tribunal de la même ville du 28 octobre 1908, admit pleinement la non-extension de l'incapacité aux gardes-malades, « attendu que rien ni dans la lettre ni dans l'esprit de l'article 909 ne vise une telle catégorie de personnes; que les incapacités sont limitatives et ne peuvent être étendues; que, du reste,

(1) Voir A. Colin et Capitant : *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III nº 902. Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit civil français* t. V, nº 239; Josserand : *Cours de droit civil*, t. III, nº 1420,

le rôle effacé joué par les gardes-malades ne permet pas de les ranger parmi les personnes contre lesquelles la loi a cru devoir prendre des précautions... » La solution qui a été adoptée par la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 5 mai 1931 est beaucoup moins nette. Voici comment s'était présentée cette affaire. Une demoiselle de Frémery avait, à son décès, laissé un testament dans lequel elle léguait une somme de 60.000 francs à la directrice d'une maison de santé qui lui avait donné ses soins en qualité d'infirmière et chez qui elle était décédée. Les héritiers de la demoiselle de Frémery demandèrent la nullité du legs en se basant sur deux articles du Code : sur l'article 909, l'incapacité s'appliquant, selon eux, aux gardes-malades, et sur l'article 901, la testatrice n'ayant pas eu au jour de la confection du testament la pleine possession de ses facultés mentales et ayant été, en outre, de la part de la légataire, victime d'une captation au moyen de manœuvres dolosives. Le tribunal, puis la Cour de Bordeaux admirent la nullité du legs; mais on ne sait pas si c'est en vertu de l'article 901 et de l'article 909 ou en vertu seulement de l'article 901 qu'ils adoptèrent cette solution. La plupart des auteurs déclarent que l'application de l'article 909 a été admise par la Cour de Bordeaux. « L'incapacité ne s'étend pas aux gardes-malades, infirmiers et infirmières, aides du médecin ou chirurgien » disent Planiol et Ripert (1), et ces auteurs citent en ce sens l'arrêt de la Cour de Lyon du 22 décembre 1909 et en *sens contraire*

(1) Planiol, Ripert et Trasbot : *Traité pratique de Droit civil français* t. V, n° 239.

l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 mai 1931. Dans le *D. H.*, l'en-tête de l'arrêt est intitulé : « La disposition de l'article 909 C. civ. est applicable à l'infirmière directrice de la maison de santé dans laquelle a été soigné le testateur pendant sa dernière maladie. »

Cette interprétation semble discutable. La Cour de Bordeaux paraît avoir proclamé la nullité du legs plutôt sur la base de l'article 901 que sur le fondement de l'article 909. Elle paraît d'abord, lorsqu'elle s'exprime en ces termes, n'avoir pas voulu admettre ici l'application de l'article 909 : « Attendu que les légataires universels ont attaqué le legs fait à la dame Frémery et en demandent la nullité en invoquant deux moyens, l'un basé sur les articles 909 et 911 du Code civil, qui s'appliquerait *d'après eux* aux gardes-malades, l'autre... » Le « d'après eux » semble indiquer que la Cour n'a pas voulu prendre cette opinion à son compte et qu'elle a eu, au contraire, l'intention d'écarter de l'incapacité les gardes-malades et infirmiers. Il semblerait cependant résulter de la phrase suivante qu'elle ait voulu admettre l'extension : « que, dans ce cas, l'art de soigner peut logiquement et juridiquement être assimilé à l'art de guérir, surtout lorsqu'il est pratiqué dans un but incontestablement intéressé, comme le prouve la lettre précitée et par une femme qui a été condamnée le 10 mai 1930 par le tribunal correctionnel de Bordeaux à six mois de prison avec sursis pour achat, détention et usage de stupéfiants; que le legs... doit donc être annulé, la bénéficiaire étant incapable de le recevoir, en vertu de la présomption de captation établie contre elle ». L'arrêt

parle de « présomption de captation »; peut-être, la Cour de Bordeaux a-t-elle voulu étendre ici l'application de l'article 909, mais si telle a été son intention, elle ne l'a fait qu'avec beaucoup de prudence, se contentant de parler de présomption de captation et évitant de citer l'article en question. Elle dit, sans doute, que « l'art de soigner peut logiquement et juridiquement être assimilé à l'art de guérir » mais il importe de remarquer que la Cour emploie des termes assez vagues et qu'elle évite de développer cette idée, s'appliquant surtout à invoquer des faits de manœuvres dolosives prouvant la captation. Pour admettre la nullité, la Cour de Bordeaux s'est basée principalement sur deux points, sur l'altération des facultés mentales dont était atteinte la disposante au jour de la confection du testament et sur l'existence de manœuvres dolosives de la part de la légataire faisant présumer une captation; il semble qu'elle n'ait pas voulu étendre ici l'application de l'article 909; en tout cas, si telle a été son intention, elle ne l'a fait qu'avec beaucoup de timidité et d'hésitation.

Cette solution admise par la doctrine et par la jurisprudence semble juste. L'extension de l'incapacité aux gardes-malades et aux infirmiers ne sauraient être adoptées, et ce pour deux raisons : d'abord, parce que le Code ne parle pas d'eux, que les travaux préparatoires ne les vise aucunement et que les textes prévoyant les incapacités doivent être interprétés restrictivement; ensuite, parce que les conditions de l'incapacité ne permettent pas de les y englober, les gardes-malades et

infirmiers ne traitant pas le malade, n'ayant pas la direction des soins à lui donnés. L'incapacité ne pourrait les atteindre qu'autant qu'ils exerceraient illégalement la médecine, mais alors, ce ne serait pas en tant qu'infirmiers et gardes-malades qu'ils seraient incapables, mais en tant que personnes exerçant illégalement la médecine.

II. — A côté des individus qui exercent l'art de guérir, l'article 909 vise dans son alinéa 3, une deuxième catégorie d'incapables : les *ministres du culte.*

Quelles sont les personnes que par cette expression de ministres du culte, le Code a voulu atteindre? A-t-il voulu admettre la solution de notre ancien droit qui ne frappait de l'incapacité que les seuls confesseurs ou a-t-il voulu, au contraire, se montrer plus large et étendre l'incapacité à tous les ministres du culte sans distinction?

La question aujourd'hui n'est plus discutée, doctrine (1) et jurisprudence (2) sont unanimes pour recon-

(1) Voir Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil,* t. III, nº 907. « Non seulement du culte catholique, mais aussi des autres cultes car la loi ne distingue pas. » — Planiol et Ripert, : *Traité pratique de droit civil français,* t. V, nº 242 : « Le Code a généralisé le système en visant tous les ministres du culte » — A. Colin et Capitant : *Traité élémentaire de droit civil français,* t. III, nº 902. « La formule vise les ministres de tous les cultes, et non pas seulement le prêtre catholique qui reçoit la confession du malade. » — Josserand : *Cours de droit civil positif français,* t. III, nº 1420 : « On ne distingue pas entre les ministres des différents cultes. »

(2) Voir un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 décembre 1857 (D. P. 1858. 2.197 et S. 1858.2.483) qui a admis l'extension de l'incapacité aux pasteurs protestants, et un arrêt de la Cour d'Alger du 30 avril 1856 (D. P. 1859.1.181 et S. 1859.1.396). qui a déclaré incapables en vertu de l'article 909 les ministres du culte israélite.

naître que l'article 909 s'étend à tous les ministres du culte quels qu'ils soient, aussi bien aux rabbins et aux pasteurs protestants qu'aux confesseurs catholiques. « Attendu, dit la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 7 décembre 1857, que l'expression de ministre du culte employée dans l'article 909 est un terme générique et s'applique aux ministres du culte protestant, lorsqu'il est établi qu'il a été le guide spirituel du disposant » et « attendu, dit l'arrêt de la Cour d'Alger du 30 avril 1856, que l'article 909 ne fait aucune distinction entre les ministres des divers cultes,... que cet article s'applique aussi bien aux ministres du culte israélite qu'à ceux du culte catholique et protestant ».

La jurisprudence n'a pas pu restreindre l'incapacité aux seuls confesseurs et a été obligée d'admettre son extension parce qu'elle s'est trouvée en présence du terme générique de ministres du culte employée par le Code. L'article 909 n'a pas repris à dessein l'expression de confesseurs employée par nos anciens auteurs et nos anciens arrêts et a adopté un terme plus général, ayant voulu marquer son intention d'étendre l'incapacité à tous les ministres du culte sans distinction. Cette extension d'ailleurs semble logique. Une captation est, en effet, aussi à craindre de la part d'un rabbin et d'un ministre protestant directeurs de conscience que de la part d'un confesseur; et les termes restreints de notre ancien Droit s'expliquent par ce fait que la religion catholique était à ce moment-là la seule religion reconnue et permise et qu'on ne visait que les confesseurs, seuls directeurs de conscience de cette religion. Aujour-

d'hui toutes les religions sont libres; l'incapacité doit dès lors s'appliquer à tous les ministres du culte quels qu'ils soient, catholiques, protestants, israélites, musulmans et même aux ministres du culte des religions diverses, plus ou moins superstitieuses de nos colonies.

Cependant, le point de savoir qui dans une religion est véritablement ministre du culte est souvent délicat. C'est ainsi que dans la religion catholique, on ne peut considérer comme ministre du culte que ceux qui ont reçu le sacrement de l'Ordre; on ne doit pas regarder comme tels les religieux non prêtres ou les religieuses, comme, par exemples, les sœurs gardes-malades ayant préparé le disposant à mourir. Dans la religion protestante, le ministre du culte sera le pasteur et dans la religion juive, ce sera le rabbin.

Toutefois, si en principe l'incapacité s'applique à tous les ministres du culte sans distinction, en pratique, la jurisprudence a réussi, grâce à la notion de traitement, à revenir à la solution de notre ancien Droit et est parvenue à ne frapper guère en fait que les confesseurs. Il a été vu plus haut, en effet, que la jurisprudence a compris la notion de traitement spirituel dans la direction de conscience. Si, théoriquement, la direction de conscience peut se rencontrer dans toutes les religions, en fait elle n'existera guère que dans la religion catholique. Dans cette religion elle est obligatoire, le fidèle devant se confesser régulièrement pendant sa vie et à l'heure de sa mort; dans les autres religions, par contre, elle n'est que très exceptionnelle et pour ainsi dire

inexistante se trouvant plutôt contraire à l'esprit de ces religions : la religion protestante est une religion individualiste, l'interprétation de la Bible est laissée à la libre volonté de chacun, et les religions juive et musulmane sont des religions d'actes extérieurs, de rites et non d'actes intérieurs, de conscience comme la religion catholique.

Ainsi, malgré la généralité des termes de l'article 909, ne seront guère visés pratiquement par l'incapacité que les confesseurs. La jurisprudence par son interprétation restrictive de la notion de traitement est revenue presqu'entièrement à la solution de notre ancien droit.

Maintenant va se poser la question de savoir s'il n'est pas possible d'étendre l'application de l'article 909 à d'autres personnes ne pouvant être à proprement parler considérées comme ministres du culte, mais s'en rapprochant cependant beaucoup et étant susceptibles d'exercer sur l'esprit du malade une assez grosse influence.

Il y a d'abord une catégorie de personnes à qui l'incapacité doit s'appliquer sans aucun doute, c'est aux individus qui se sont faits passer *faussement pour ministres du culte* et ont été directeurs de conscience du disposant. Tel serait le cas, par exemple, d'une personne s'étant faite passer pour prêtre, bien que n'ayant pas reçu le sacrement de l'ordre et ayant été confesseur du gratifiant.

La solution doit être ici la même que pour les personnes exerçant illégalement la médecine; la libéralité

a eux faite doit être nulle. Une captation est encore davantage à craindre de la part d'un faux ministre du culte que de la part d'un véritable, ayant autant d'influence que lui et présentant beaucoup moins de garanties d'honorabilité. Il y a tout lieu de croire en effet que la personne qui s'est attribuée faussement ce titre, l'a fait dans un but intéressé.

Mais que décider en ce qui concerne *les créaturs et dirigeants de superstitions* (spiritisme, sorcellerie, magie, etc...)? Convient-il de leur étendre l'application de l'article 909? Il semble à première vue, assez difficile de considérer ces dirigeants de superstitions comme des ministres du culte. La superstition n'est pas un culte, une religion. Alors que le but de la religion consiste dans le perfectionnement de ses fidèles par l'observation de commandements et dans l'obtention pour eux d'une vie céleste, celui de la superstition ne vise qu'un simple résultat terrestre ayant pour but soit de connaître l'avenir, soit de réaliser des choses surhumaines. La différence entre religion et superstition est très nette. Malgré cette différence de but, cependant, il existe entre elles de très grandes ressemblances. Il y a d'abord entre les deux un point de contact très important par ce fait que la superstition comme la religion fait appel au surnaturel; la religion fait appel à un Etre Supérieur, la superstition à des forces occultes et mystérieuses. On peut même aller plus loin et dire qu'au fond la superstition n'est qu'une déformation de la religion. L'homme en général, a un besoin inné de

s'appuyer sur le surnaturel; lorsque ce besoin ne sera pas satisfait par la croyance en un Etre Supérieur, il le deviendra par la croyance en des forces occultes; les peuples qui abandonnent leur religion tombent généralement dans la superstition, les époques où le spiritisme et la magie ont eu le plus de succès sont celles précisément où a dominé le scepticisme religieux; l'esprit superstitieux n'est qu'une déformation de l'esprit religieux et la superstition n'est qu'une déformation de la religion. La distinction, enfin, entre religion et superstition est quelquefois difficile à faire, c'est ainsi qu'on appelle souvent du nom de religion les pratiques de certaines peuplades de nos colonies qui ne sont ,au fond, que des superstitions. On peu donc considérer la superstition comme une déformation de la religion, comme une sorte de religion et comprendre ses dirigeants dans le terme de ministres du culte.

Cette extension paraît devoir, en outre, s'imposer au point de vue rationnel. Les dirigeants de superstition, en effet, peuvent acquérir sur l'esprit de leurs adeptes une très grosse influence. Les rites bizarres qu'ils pratiquent ne sont pas sans frapper très fortement leur imagination et le pouvoir qu'ils prétendent posséder de dévoiler l'avenir est susceptible de leur donner près d'eux un prestige considérable. Or, il est à craindre qu'ils n'en abusent d'autant plus que ces personnages ne présentent habituellement qu'une moralité très suspecte. On peut seulement se demander s'il leur est possible de rentrer dans les conditions de la loi qui exige un traitement, une direction de cons-

cience. Cette direction de conscience sera, sans doute, assez rare, mais elle peut fort bien se rencontrer, comme elle peut fort bien exister dans les religions juive ou protestante. Il n'est pas impossible que les adeptes, qui ont grande confiance en eux, ne viennent leur demander conseil pour les actes à accomplir dans leur vie quotidienne et ne se laissent diriger par eux. Tant au point de vue des textes qu'au point de vue de la raison, il semble qu'on doive leur étendre l'application de l'article 909.

Doit-on admettre cette extension aux *membres et directeurs de sociétés de libre pensée?* Souvent, les dirigeants de ces sociétés font faire leur testament à leurs adeptes. Ce testament contient surtout des dispositions portant sur le caractère non religieux des funérailles; mais il peut se faire qu'il comporte un legs adressé à un individu occupant un haut rang dans la société. Ce legs va-t-il tomber sous le coup de l'incapacité édictée par l'article 909? On pourrait répondre par l'affirmative : ces dirigeants de sociétés de libre pensée ont en général sur l'esprit de leurs disciples une assez forte influence et un abus peut être redouté de leur part. Mais il semble difficile, étant donné la rédaction de l'article 909 et la situation des dirigeants de sociétés de libre pensée, d'admettre cette extension. Au point de vue des textes, d'abord, il est difficile de regarder ces dirigeants comme des ministres du culte. Le mot « culte » correspond bien à une idée de religion et, si la superstition peut être comprise dans la religion

n'en étant qu'une déformation, il n'en est pas de même de la libre pensée qui, bien au contraire, est une négation et souvent même un adversaire de la religion.

Au point de vue rationnel, l'extension ne semble pas davantage devoir être admise. Sans doute, le directeur d'une société de libre pensée peut exercer une assez forte influence sur l'esprit de ses affiliés, mais précisément au moment de la mort, à l'opposé de ce qui se passe pour les ministres du culte, cette influence a plutôt une forte tendance à diminuer et à disparaître. Le malade sur le point de mourir veut plutôt se détacher de lui et il serait plus vite porté à révoquer une libéralité à lui adressée antérieurement qu'à lui adresser un legs. Le directeur d'une société de libre pensée n'a pas et ne peut avoir le gouvernement de l'âme de son disciple, lorsque celui-ci est à l'article de la mort.

A plus forte raison, l'incapacité ne doit-elle pas frapper l'avocat qui a défendu les intérêts du testateur pendant sa dernière maladie. Ce cas ne devrait même pas être signalé s'il ne s'était présenté tout récemment en jurisprudence et n'avait donné lieu à un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 mai 1931 (*D. H.*, 1931. 348 et S. 1931.1.400). Une dame Beauchesne avait fait un legs en faveur de son avocat, un sieur Dhôtel. Après la mort de la testatrice, son héritier attaqua le legs comme contraire à l'article 909, le sieur Dhôtel ayant défendu les intérêts de la dame Beauchesne pendant sa dernière maladie, devant être assimilé à un « directeur de conscience » et atteint comme tel par la prohi-

bition qui frappe les ministres du culte. La Chambre des Requêtes repoussa la prétention de l'héritier, attendu que « contrairement à ce que soutient le pourvoi, les incapacités édictées par l'article 909 ne peuvent être étendues à d'autres professions que celles qu'il énumère ».

Cette décision de la Chambre des Requêtes semble avoir été rendue à bon droit. Il paraîtrait d'abord vraiment extraordinaire, ainsi que le prétend le pourvoi, de considérer l'avocat comme « un directeur de conscience ». Sans doute, l'avocat donne des conseils à son client et peut avoir ainsi sur lui une certaine influence, mais ces conseils donnés au client se réfèrent uniquement à la conduite de ses affaires, ils n'ont qu'un intérêt purement pécuniaire; l'avocat ne s'ingère pas dans sa vie privée, il ne connaît pas ses états d'âme, ses cas de conscience. Bien plus, en admettant même que l'avocat puisse être directeur de conscience de son client, il serait fort difficile de lui étendre l'application de l'article 909, cet article ne parlant pas de lui et les textes prévoyant les incapacités devant être interprétés restrictivement. Comme le fait remarquer l'arrêt : « Les incapacités édictées par l'article 909 ne peuvent être étendues à d'autres professions que celles qu'il énumère. » Or, il est évident qu'on ne peut regarder l'avocat comme ministre d'un culte.

La même solution doit être admise en ce qui concerne l'*homme d'affaires* en général, quoique celui-ci ne présente pas toujours les mêmes garanties d'hono-

rabilité que l'avocat, parce que l'homme d'affaires ne peut être considéré comme ministre du culte.

Telles sont les personnes prévues directement par l'article 909. A côté d'elles, il en est d'autres qui sont atteintes indirectement par l'incapacité en vertu de l'article 911, ce sont les personnes interposées ou présumées interposées. Cet article 911 a été édicté par le législateur en vue d'éviter les fraudes.

§ 2. — *Incapables visés indirectement par l'article* 911.

Cet article 911 est ainsi conçu : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la *fasse sous le nom de personnes interposées.* »

L'interposition de personnes n'est pas en elle-même une cause de nullité, elle ne le devient que lorsqu'elle est prévue comme telle par un texte spécial. C'est pourquoi, dans son article 911, le Code est venu proclamer la nullité des libéralités adressées à des incapables par l'intermédiaire d'autres personnes. Cette application de l'incapacité aux personnes interposées n'est que le pendant, le complément de son extension aux libéralités adressées aux incapables et déguisées sous la forme de contrats onéreux, qui ont été étudiées dans une précédente section.

I. — En vertu de cet article 911, la libéralité est nulle chaque fois que les héritiers du gratifiant vien-

nent à prouver qu'une disposition faite au nom de telle personne capable, était, en réalité, adressée à un médecin ou à un ministre du culte incapable. C'est ainsi que le legs dont est gratifié le frère d'un médecin traitant tombera, si les héritiers réussissent à faire la preuve que ce legs était fait en réalité au médecin lui-même et que le frère n'était désigné qu'en vue d'éluder l'application de l'article 909.

Mais, par quels moyens se fera cette preuve de l'interposition de personnes? La jurisprudence déclare que cette preuve pourra se faire par tous les moyens : écrits, enquêtes, contre-enquêtes et même par simples présomptions de fait, à condition que ces présomptions soient, comme l'exige l'article 1353 du Code civil « graves, précises et concordantes », « pour le juge, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 décembre 1875 (D. P., 1876.1.325 et S. 1877.1.174) les caractères et la preuve du fidéi-commis peuvent se déduire de présomptions graves, précises et concordantes. » L'admission de la preuve semble donc assez large, mais une question se pose : que l'héritier devra-t-il prouver exactement? Va-t-il lui suffire de démontrer l'intention du testateur de gratifier l'incapable par l'intermédiaire de la personne interposée ou devra-t-il en plus prouver un concert frauduleux entre le disposant et la personne interposée? La jurisprudence a subi ici une évolution très intéressante. Au début du XIX^e^ siècle elle suivait la tendance du Code et se montrait plutôt hostile aux libéralités; pour prouver l'interposition de personnes elle décidait qu'il n'était pas nécessaire

de démontrer un concert frauduleux entre le gratifiant et l'individu nominativement désigné dans l'acte, qu'il suffisait de prouver l'intention du disposant de faire une libéralité à l'incapable. Aujourd'hui au contraire, elle se montre plus favorable aux dispositions à titre gratuit et elle est plus sévère dans l'admission de la preuve de l'interposition; il ne suffit pas de démontrer l'intention du testateur de gratifier un incapable, il faut encore prouver un certain accord frauduleux entre le disposant et le bénéficiaire nominativement institué (1).

(1) En ce qui concerne l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte, il n'y a pour ainsi dire pas de jurisprudence, relativement à l'interposition de personne.

On ne rencontre sur ce point qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 avril 1847 (D. P. 1847.1.270 et S. 1847.1.437). L'évolution jurisprudentielle cependant est aisée à suivre par l'examen, relativement à l'application de l'article 911, des incapacités voisines de l'article 909, notamment de l'incapacité des communautés non autorisées. Pour l'admission de l'interposition de personnes, la jurisprudence au début du XIX^e^ siècle n'exigeait pas la preuve d'un concert frauduleux. Cette période est marquée par deux arrêts de la Chambre des Requêtes du 20 juillet 1846 (D. P. 1846.1.353 et S. 1847.1.74) se rapportant aux enfants naturels et du 20 avril 1847 précité se rapportant aux ministres du culte, et par un arrêt de la Cour d'Amiens du 1^er^ août 1861 (D. P. 1861.2.202) relativement à l'incapacité dont sont frappés par la loi du 10 avril 1832 les successeurs de Charles X. Puis, peu à peu, la jurisprudence a tendu à se montrer plus sévère dans l'admission de la preuve de l'interposition et une période d'hésitations, de flottements s'ouvre. Certaines Cours d'appel continuent à déclarer non nécessaire la preuve d'un concert frauduleux entre disposant et personne interposée; d'autres, au contraire, commencent à l'exiger. On trouve dans le premier sens un arrêt de la Cour de Nîmes du 14 janvier 1874 (D. P. 1875.2.44 et S. 1874.2.174) et dans le second, des arrêts de la Cour de Toulouse du 14 février 1866 (D. P. 1867.2.31) de la Cour de Lyon du 24 juillet 1878 (S. 1878.2.282) et du 10 janvier 1883 (D. P. 1883.2.231 et S. 1884.2. 136). Tous ces arrêts se rapportent à l'incapacité des communautés non autorisées. La Cour de cassation

II. — Les héritiers du testateur peuvent donc, en vertu de l'article 911, alinéa 1, faire tomber une libéralité en prouvant l'interposition de personnes en faveur d'un incapable. Cette preuve toutefois, n'est pas toujours très facile à faire, c'est pourquoi le législateur est venu, dans l'alinéa 2 de l'article 911, au secours des héritiers du gratifiant, en présumant personnes interposées certains proches parents de l'incapable : « Sont présumées personnes interposées, dit-il, les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. »

Il est à remarquer, d'abord, en ce qui concerne le caractère de cette présomption qu'elle est une présomption légale et qu'elle doit par conséquent, être déclarée irréfragable en vertu de l'article 1352 du Code civil. Les parents, les enfants et descendants et le conjoint de l'incapable sont dès lors, de plein droit eux-mêmes incapables, et ils ne pourront s'exonérer de la présomption qui pèse sur eux en prouvant

cependant, dans deux arrêts du 15 décembre 1875 (D. P. 1876.1.325 et S. 1877.1.174) et du 20 juin 1888 (D. P. 1889.1.25 et S. 1890.1.118) continue à suivre son ancienne jurisprudence et à ne pas exiger la preuve d'un concert frauduleux.

Mais, à partir de 1890, la jurisprudence se fixe et elle exige aujourd'hui la preuve d'une entente frauduleuse entre le disposant et le bénéficiaire. Cette décision se trouve dans plusieurs arrêts, dans un arrêt notamment de la Cour de Rennes du 11 mai 1891 (D. P. 1892.2.436) de la Chambre des Requêtes du 15 février 1892(D. P.1892.1.360) et S. 1892.1.136) et de la Cour de Bordeaux du 13 mai 1895 (D. P. 1895.2.438). On peut dire que la jurisprudence est aujourd'hui bien fixée : elle exige pour l'application de l'article 911 alinéa 1 la preuve d'un accord frauduleux entre le disposant et la personne désignée dans l'acte. Ici se manifeste encore sa tendance à favoriser les libéralités.

que la disposition était bien adressée à eux-mêmes et non à l'incapable. Cette présomption est donc très rigoureuse, et il convient d'examiner attentivement, quelles sont les personnes qui sont visées par elle.

A. — L'article 911 vise, en premier lieu, les *père et mère, enfants et descendants*.

La présomption ainsi est plus étendue pour la ligne descendante que pour la ligne ascendante, l'article 911 ne parlant dans la ligne ascendante que d'un seul degré, les père et mère, alors que dans la ligne descendante, il vise la filiation directe à l'infini, les enfants et descendants, et on ne saurait étendre l'application de l'article 911 aux ascendants autres que les père et mère, les textes prévoyant les incapacités devant être interprétés restrictivement.

Mais quelle parenté au juste est ici visée?

Sans aucun doute, est frappée de cette présomption la parenté légitime (père et mère légitimes, enfants et descendants légitimes). Mais pour la parenté naturelle? (1) Que décider? Doit-on la comprendre dans la présomption?

Demante (2) enseignait qu'on ne devait pas la comprendre dans les termes de l'article 911, attendu que « dans le langage du législateur les titres de famille ne se rattachent jamais qu'à la filiation légitime, quand la

(1) Il s'agit évidemment de la parenté naturelle reconnue, la parenté naturelle n'existant légalement que par la reconnaissance volontaire ou forcée. Pour la parenté non reconnue, la présomption ne peut exister.

(2) Demante : t. IV, n° 32 *bis*.

loi n'en a pas fait elle-même l'application à la filiation naturelle. »

Cette opinion ne semble pas devoir être admise. D'abord, au point de vue du texte, on ne voit pas du tout sur quoi se base Demante pour affirmer que le Code ne vise dans les titres de famille que la parenté légitime; il semble plutôt, au contraire, que lorsqu'il ne précise pas et parle de père et mère, enfants et descendants sans distinction, il veut atteindre toutes les parentés, aussi bien la parenté naturelle que la parenté légitime. Si l'article 911, alinéa 2 avait voulu restreindre sa présomption à la seule famille légitime, il aurait plutôt précisé : père et mère légitimes, enfants et descendants légitimes. Cette opinion, en outre, ne paraît pas davantage devoir être adoptée au point de vue rationnel. Une interposition est aussi à craindre en cas de parenté naturelle qu'en cas de parenté légitime, l'enfant naturel faisant bien partie de la famille de ses parents naturels, étant uni à eux par des liens d'affection et des droits de succession réciproques existant entre eux.

La presque unanimité de la doctrine repousse aussi la théorie de Demante et admet-elle l'application de l'article 911, alinéa 2 à la parenté naturelle (1).

Quelle est l'opinion de la jurisprudence? Il n'y a sur cette question aucun arrêt relativement à l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte et on

(1) Voir Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil français*, t. V, n° 256; Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. III, n° 918; A. Colin et Capitant : *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 909; Josserand : *Cours de droit civil positif français*, t. III, n° 1450.

pourrait croire que la jurisprudence qui veut favoriser le plus possible les libéralités, interpréterait « père et mère, enfants et descendants » dans le sens de père et mère légitimes, enfants et descendants légitimes, en refusant d'étendre la présomption de l'article 911 à la parenté naturelle. Cependant, les tribunaux, notamment la Cour de Metz, dans un arrêt du 10 août 1864 (D.P. 1864.2.211) et la Chambre civile dans deux arrêts du 30 janvier 1883 (D. P. 1883.1.201) et du 22 janvier 1884 (D. P. 1884.1.117 et S. 1884.1.227) ont eu à statuer sur la présomption d'interposition concernant une incapacité voisine de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte, l'incapacité des enfants naturels édictée par l'article 908 du Code civil. Ces tribunaux ont déclaré que la présomption était applicable à la parenté naturelle comme la parenté légitime; comme le dit l'arrêt de la Chambre civile du 22 janvier 1884 « la mère naturelle est, comme la mère légitime réputée légalement personne interposée ». Il est fort probable que la même extension serait admise relativement à l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte.

La jurisprudence a été obligée d'admettre cette solution parce qu'elle s'est trouvée en présence des termes généraux de « père et mère, enfants et descendants » employés par le Code et peut être aussi pour une raison d'équité, parce qu'elle n'a pas voulu se montrer en la matière plus favorable à la parenté naturelle qu'à la parenté légitime.

Que décider en ce qui concerne la descendance de

l'enfant naturel? La présomption va-t-elle s'appliquer à elle? La présomption d'interposition doit atteindre, sans aucun doute, les enfants légitimes de l'enfant naturel, parce que ceux-ci font bien partie de la famille de leurs grands-parents, sont bien leurs descendants. Elle ne doit pas par contre s'étendre, aux enfants naturels de l'enfant naturel, car dans notre droit la parenté naturelle n'existe qu'à un degré et le petit-fils naturel n'est pas légalement parent de ses ascendants.

Pour ce qui est de *la filiation adultérine et de la filiation incestueuse*, dans les cas exceptionnels où ces deux filiations sont reconnues, il semble qu'on doive leur étendre l'application de l'article 911, alinéa 2. Il convient toutefois de remarquer que la fraude est ici moins à craindre, aucun droit successoral n'existant entre parents adultérins et incestueux. Cependant étant donnée la rédaction de l'article 911 qui parle de père et mère, enfants et descendants sans distinction, étant donné aussi le lien d'affection qui unit parents et enfants adultérins et incestueux et qui est susceptible de permettre assez aisément une fraude, il semble qu'il y a lieu de leur appliquer la présomption d'interposition. C'est d'ailleurs la solution qui a été admise par la doctrine et par la jurisprudence (1).

(1) Il n'y a pas d'arrêt concernant l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte. Mais la jurisprudence a adopté la présomption relativement à l'incapacité des enfants naturels. Toulouse, 5 mars 1827 (D. P. 1827. 2.154); Lyon, 25 mars 1835 (S. 1835.2.241).

Enfin l'application de l'article 911, alinéa 2 doit s'étendre à la *filiation adoptive*. Sans doute, la parenté adoptive présente un caractère artificiel, il n'en est pas moins vrai qu'elle est une véritable parenté que le Code assimile à la parenté légitime. Du moment que l'article 911 vise les père et mère, enfants et descendants sans distinction, la présomption d'interposition doit s'appliquer à elle comme aux autres. Par ailleurs, entre parents et enfants adoptifs existent des droits de succession et il est à craindre que le disposant en faisant une libéralité au père ou au fils de l'incapable ne se serve de ce moyen détourné pour gratifier l'incapable, qui recueillera plus tard la disposition par la voie successorale.

B. — A côté des père et mère, enfants et descendants, le Code présume en second lieu comme personne interposée, le *conjoint* de l'incapable.

En ce qui concerne le conjoint, aucune difficulté ne semble devoir se présenter : la présomption s'appliquera durant tout le mariage et cessera avec lui. Il est un cas toutefois où une difficulté va apparaître, c'est en cas de séparation de corps. Le conjoint séparé de corps va-t-il être toujours présumé personne interposée de son époux incapable? La séparation de corps ne détruit pas le mariage et le conjoint séparé de corps demeure toujours conjoint; par conséquent au point de vue texte, l'article 911, alinéa 2 paraît devoir lui être appliqué. Cependant, il importe de remarquer deux choses, c'est que d'abord depuis la loi du 9 mars 1891, le con-

joint séparé de corps n'a plus aucun droit sur la succession de son époux et qu'on n'a plus à craindre par cette voie détournée de la succession l'échéance entre les mains de l'incapable de la libéralité prohibée. Cet argument toutefois, n'est pas décisif, il a été vu plus haut, en effet, que la présomption d'interposition atteint les enfants adultérins et incestueux bien que ceux-ci n'aient aucun droit à la succession de leurs parents. Mais si, vis-à-vis des enfants adultérins et incestueux une interposition est à craindre, le père ou la mère gratifié n'ayant qu'à remettre tout simplement de main à main à leur fils la libéralité prohibée, il n'en est pas de même vis-à-vis des époux séparés de corps, ceux-ci vivant en mauvaise intelligence; une telle manœuvre n'est pas à redouter et il serait logique, au point de vue rationnel, de les écarter de la présomption. Cependant, le Code parlant de conjoint et l'époux séparé de corps demeurant toujours conjoint, il est probable que la jurisprudence, si elle avait à juger ce cas, lui étendrait l'application de l'article 911.

Doit-on admettre également l'extension de la présomption d'interposition de personnes *au fiancé ou à la fiancée* de l'incapable? Il semble qu'on doive répondre immédiatement par la négative. Les textes prévoyant les incapacités doivent être interprétés restrictivement et le Code ne parle que du conjoint;il est impossible, par conséquent, de l'étendre au fiancé.

Toutefois, il est un cas où l'extension pourrait avoir lieu, c'est lorsque la libéralité a été adressée à la fiancée

dans son contrat de mariage. L'existence du contrat de mariage en effet, est subordonnée à la célébration du mariage, les libéralités qui y sont contenues ne commencent à exister que du jour du mariage et à ce moment-là, le fiancé n'est plus fiancé, mais bien conjoint. Par ailleurs, au point de vue rationnel, en faisant un don à la fiancée dans son contrat de mariage, il y a là un moyen de gratifier indirectement l'incapable. Aussi la plupart des auteurs (1) distinguent-ils, en général, deux cas. Ou la libéralité est faite dans le contrat de mariage, elle doit alors tomber sous le coup de l'article 911, alinéa 2, étant bien adressée au conjoint, non au futur conjoint; ou elle est faite dans un acte autre que dans le contrat de mariage, en ce cas, on ne peut la considérer comme adressée au conjoint et elle doit-être valable, les textes prévoyant les incapacités ne pouvant être étendus. « Aucune présomption de ce genre, disent Planiol et Ripert, ne pèse sur le fiancé de l'incapable. Cependant, si la donation était faite par contrat de mariage au futur époux de l'incapable, comme elle est certainement inspirée par la qualité d'époux que le fiancé va bientôt avoir, on la considère, en général, comme tombant sous le coup de la présomption légale. »

Quelle est sur ce point l'opinion de la jurisprudence? Il n'existe sur la question aucun arrêt relativement à

(1) Voir Huc : t. VI, n° 130; Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, t. X, § 650; Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. III, n° 918; Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil*, t. V, n° 256; Josserand : *Cours de droit civil*, t. III, n° 1450.

l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte; mais la jurisprudence a été appelée à statuer sur une incapacité voisine de celle-ci, sur l'incapacité des enfants naturels. Il est évident que la même solution serait admise concernant les médecins, pharmaciens et ministres du culte. Dans un arrêt du 24 novembre 1860 (D. P. 1861.2.111 et S. 1861.2.42), la Cour de Lyon a fait sienne la distinction de la doctrine et a annulé la libéralité faite par une mère naturelle au fiancé de sa fille naturelle dans son contrat de mariage. Mais la Cour de cassation dans un arrêt du 24 janvier 1881 (S. 1881.1.404) a repoussé cette opinion et a déclaré la présomption d'interposition non applicable au fiancé, alors même que la libéralité serait faite dans son contrat de mariage : le Code ne parle que du conjoint, et la présomption ne saurait être étendue à des personnes non visées expressément par la loi. « Attendu, que les présomptions légales sont de droit étroit; qu'elles doivent être rigoureusement renfermées dans les termes même où elles sont édictées; attendu que la disposition de l'article 911 du Code civil qui répute personne interposée l'époux de l'incapable, s'applique uniquement à cet époux; que la circonstance que la validité des libéralités faites dans le contrat de mariage est subordonnée à la réalisation de ce mariage ne fait pas que cet époux ait réellement le jour du contrat la qualité d'époux à laquelle la disposition précitée attache exclusivement la présomption légale d'interposition de personnes. »

Ici encore, la Cour de cassation a voulu se montrer

favorable aux libéralités, et elle a interprété restrictivement les termes du Code. Il semble cependant que la solution la plus logique soit celle de la doctrine, la disposition faite dans le contrat de mariage ne commençant à exister que du jour du mariage.

Sans aucun doute, la présomption ne saurait s'appliquer au fiancé lorsque la disposition a été adressée dans un acte autre que dans le contrat de mariage; elle ne saurait s'appliquer non plus à la concubine, ainsi qu'à toute autre personne parente au alliée non prévue expressément par le Code, les textes visant les incapacités devant être interprétées restrictivement.

## CHAPITRE III

# SANCTION DE L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE

Contrairement à la règle édictée par l'article 909, un malade est venu gratifier pendant sa dernière maladie son médecin ou son ministre du culte traitant. Quel va être le sort de sa libéralité ?

La libéralité a été faite en contravention d'une incapacité, sa sanction va être, par conséquent, la nullité. Il n'y a pas sur ce point de difficulté. Mais quelle nullité? Est-ce une nullité absolue ou une nullité relative? La loi ne le dit pas; il faut dès lors se reporter aux principes généraux et rechercher dans quel but elle a été formulée, si elle a été édictée dans un but de protection de l'ordre public ou dans une simple idée de protection individuelle. Sans aucun doute, cette incapacité a été édictée en vue de protéger le disposant et sa famille contre les captations; elle est basée, par conséquent sur une idée de protection individuelle et la nullité qui va la frapper va être une simple nullité relative. Étant une nullité relative, elle va présenter les particularités suivantes : elle ne peut être invoquée que par certaines personnes, elle est confirmable et prescriptible.

Seuls les intéressés peuvent invoquer cette nullité et

encore, en cas de nullité relative, tous les intéressés ne le peuvent-ils pas; certains seulement possèdent ce droit, ce sont : le disposant et ses ayants-cause. Cependant, en cette matière, le disposant ne pourra en fait l'exercer, étant donné qu'il s'agit d'une libéralité adressée pendant la maladie dont il est mort et la possibilité d'invoquer l'application de l'article 909 n'existera pratiquement qu'en faveur des ayants-cause du donateur ou du testateur, en faveur principalement de ses héritiers et de ses légataires universels ou à titre universel.

La nullité, en second lieu, est *confirmable*. La confirmation, ici encore et pour la même raison, est impossible de la part du disposant, mais elle peut fort bien, par contre, se rencontrer de la part de ses ayants-cause; elle sera alors pleinement valable.

A côté de la confirmation expresse, il est même un cas de confirmation tacite prévue par l'article 1340 du Code civil : « La confirmation ou ratification ou *exécution volontaire* d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. » L'exécution volontaire de la libéralité par les héritiers et les ayants-cause est regardée par la loi comme une confirmation tacite. Mais il faut, pour qu'elle joue, que l'exécution soit volontaire, c'est-à-dire qu'elle soit accomplie en connaissance de cause : l'héritier doit avoir connu le vice qui entachait la disposition.

Bien que l'article 1340 semble assez restreint et paraisse ne viser dans ses termes que la donation, la jurisprudence, par faveur pour les dispositions à titre

gratuit, a admis cependant son extension aux legs en interprétant le mot donation employé par le Code dans le sens large de libéralité (1), et cette confirmation tacite de l'article 1340 s'applique ainsi à toutes les libéralités, aussi bien aux legs qu'aux donations.

La nullité enfin est *prescriptible*. Il n'y a pas sur ce point de difficulté; cette prescription sera pour les donations la prescription de dix ans, prévue par l'article 1304 du Code civil. « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescission d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans »; mais, pour les legs, l'article 1304 ne s'appliquant qu'aux « *conventions* », elle sera celle de droit commun, de trente ans.

Cependant, on peut se demander si, pour les legs, la question de la prescription peut se poser. S'agit-il, en effet, d'un legs à titre universel ou à titre particulier, le légataire devra en demander aux héritiers la délivrance. Ou les héritiers refusent cette délivrance, on ira alors en justice et la prescription ne jouera pas, ou les héritiers l'acceptent, l'exécution volontaire de leur part emportera alors en vertu de l'article 1340, confirmation tacite de la disposition et la prescription n'aura pas non plus à jouer. S'agit-il d'un legs universel, le légataire aura ence cas la saisine et il ne sera pas toujours tenu de demander aux héritiers l'envoi en possession; seulement l'article

(1) Voir Chambre civile, 10 décembre 1874 (D. P. 1875.1.40 et S. 1875.1.313); Ch. civile, 9 janvier 1884 (D. P. 1884.1.231 et S. 1884.1.375); Pau, 22 juin 1885 (D. P. 1886.2.181).

1008 du Code civil dispose que pour les legs universels contenus dans un testament olographe ou mystique, le légataire devra se faire envoyer en possession par ordonnance du président du tribunal. Or si le legs est fait en faveur d'un incapable, le président du tribunal, qui doit rechercher si la disposition est valable, refusera cet envoi et les parties pourront aller plaider devant le tribunal. La question de la prescription ne pourrait donc se poser que pour les legs universels contenus dans un testament authentique; mais en la matière, un testament authentique sera assez rare; le notaire, craignant d'engager sa responsabilité, préférera faire rédiger à son client un testament olographe qu'il fera déposer ensuite dans son étude. D'ailleurs, toujours après un testament les héritiers lésés s'empresseront de rechercher les cas de nullité susceptibles de le faire tomber. La question de la prescription de la nullité ne se posera guère, en fait, que pour les donations.

La même sanction (nullité relative), s'applique-t-elle aux donations déguisées et aux personnes interposées prévues par l'article 911?

L'article 911 édicte contre elles une nullité. « Toute disposition au profit d'un incapable, dit-il, sera *nulle*, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. » Etant basée sur une idée de protection individuelle, cette nullité sera comme celle de l'article 909, une nullité relative, ne pouvant être invoquée que par certaines personnes, confirmable et prescriptible.

Tel est le principe de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte en matière de libéralités.

Ce principe est apparu au Code lui-même très rigoureux dans certains cas, en cas notamment de libéralités adressées aux proches parents de l'incapable et en cas de dispositions présentant un caractère rémunératoire. Aussi est-il venu, par une règle spéciale, apporter dans l'alinéa 2 de son article 909 deux exceptions à ce principe, l'une en faveur des dispositions présentant un caractère rémunératoire, l'autre en faveur des dispositions adressées aux médecins ou ministres du culte proches parents du disposant.

## DEUXIÈME PARTIE

# EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS, PHARMACIENS ET MINISTRES DU CULTE, EN MATIÈRE DE LIBÉRALITÉS.

L'article 909 a édicté contre les médecins, pharmaciens et ministres du culte une incapacité, en vue de protéger le disposant et sa famille contre les abus d'influence et les captations. Cette solution est peut-être en soi assez bonne; il n'en est pas moins vrai qu'elle est très rigoureuse, étant irréfragable et n'étant pas la plupart du temps, en fait, le résultat d'une captation. Il importe de remarquer, en effet, qu'une telle libéralité a habituellement pour but de récompenser le médecin ou le ministre du culte des services très appréciables rendus au disposant, qu'elle est ainsi toute naturelle et qu'il serait exagéré d'édicter contre elle une nullité totale. Aussi, l'article 909, après avoir posé le principe général de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte, a-t-il admis à ce principe une première exception en faveur des dispositions présentant un caractère rémunératoire, exception très importante qui détruit en grande partie le

principe, la jurisprudence lui donnant en vue de favoriser les libéralités, une large extention.

Cette exception de disposition rémunératoire cependant, si large soit-elle, est encore dans un cas insuffisante, c'est lorsqu'elle est adressée au médecin ou au ministre du culte proche parent du disposant. Le Code n'a admis, en effet, l'exception de disposition rémunératoire qu'à des conditions assez strictes : 1° Que la disposition soit à titre particulier et; 2° qu'elle soit faite en égard aux facultés du disposant et aux services rendus. Or, pour ce qui est des proches parents, on doit se montrer beaucoup plus large et permettre toutes les dispositions quelles qu'elles soient même les dispositions universelles, car la présomption de captation est complètement écartée ici par la présomption d'affection qui les unit. C'est pourquoi le législateur s'est vu obligé de formuler en leur faveur une seconde exception plus sérieuse encore que la précédente, permettant à leur profit toutes les dispositions, même les dispositions universelles.

L'étude de ces deux exceptions va faire l'objet de cette seconde partie qui sera divisée en deux chapitres :

Chapitre Premier. — Exception en faveur des dispositions rémunératoires.

Chapitre II. — Exception en faveur des dispositions adressées aux proches parents incapables.

CHAPITRE PREMIER

## EXCEPTION EN FAVEUR DES DISPOSITIONS RÉMUNÉRATOIRES

Déjà, notre ancien droit exceptait de l'incapacité la disposition rémunératoire. « Ce n'est pas que, dit Ricard (1), si le legs n'excédait point les termes d'une juste reconnaissance des peines que le confesseur peut avoir prises durant le temps d'une dernière maladie ou autrement, il n'y eut lieu de le confirmer, parce que l'ordonnance défend bien de donner, mais non de récompenser les bons offices que l'on nous a rendus, quand bien même dans la rigueur, ils ne produiraient pas d'action en justice. » Et cet auteur cite deux arrêts admettant cette solution, l'un du Parlement de Paris du 5 juin 1620, l'autre du Parlement de Grenoble du 9 février 1635.

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que cette exception n'avait pas besoin d'être visée expressément dans notre ancien droit comme elle l'est aujourd'hui dans le Code. Dans l'ancien droit, en effet, la présomption de captation était une présomption simple; l'incapable pouvait toujours l'écarter en prouvant que la libéralité à lui faite avait sa source dans une cause autre que

(1) Ricard : *Traité des Donations*, t. I, p. 119, n° 516.

dans la captation, dans le désir par exemple, qu'avait eu le disposant de le récompenser de ses services.

Dans le droit moderne, au contraire, la présomption est irréfragable et ne peut être écartée par une preuve contraire. Il s'en suit, qu'une disposition expresse de la loi était nécessaire pour qu'une exception puisse exister en faveur des libéralités à caractère rémunératoire.

A quelles conditions, les dispositions rémunératoires sont-elles admises à l'exception? C'est ce qu'il convient d'étudier. Il ne restera plus ensuite, la concernant, qu'à examiner son champ d'application.

## Section I. — Conditions de l'exception; notion de libéralité rémunératoire.

« Sont exceptées, dit l'article 909 alinéa 2, les dispositions rémunératoires. »

Il convient de remarquer en premier lieu, que le Code a employé l'expression de « dispositions », voulant marquer ainsi son intention d'admettre à l'exception toutes les libéralités, aussi bien les donations que les legs et aussi les charges.

Qu'entend-on, par dispositions rémunératoires? Le mot rémunératoire implique en lui-même l'intention chez le disposant de récompenser la personne gratifiée et les dispositions rémunératoires visées sont les libéralités adressées par le malade aux médecins ou aux ministres du culte dans le but de les récompenser, de les rémunérer des services rendus.

En vertu de cette exception, médecins et ministres du culte écarteront l'incapacité qui pèse sur eux, en prouvant que la libéralité qui leur est adressée a été faite en vue de les rémunérer et cette preuve leur sera assez facile à fournir, car il n'est pas nécessaire que le caractère rémunératoire de la donation ou du legs soit spécifié dans l'acte, il suffit qu'il résulte de l'acte lui-même.

Les libéralités faites aux médecins ou aux ministres du culte étant adressées habituellement en vue de les remercier et de les récompenser des services rendus, la preuve de ce caractère rémunératoire de la disposition étant, en outre, très aisée à faire, on se rend compte immédiatement de toute l'importance de cette exception. L'exception serait parvenue à renverser presque complètement le principe, si le Code n'avait pris soin de la limiter et de ne permettre que les seules dispositions rémunératoires réunissant les deux conditions suivantes : 1° Faites à titre particulier et; 2° fixées dans leur montant eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. « Sont exceptées, dit l'article 909 alinéa 2, les dispositions rémunératoires faites *à titre particulier eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.* »

I. — Ne sont permises d'abord que les dispositions rémunératoires, *faites à titre particulier.* — Une libéralité universelle ou à titre universel, si modique soit-elle ne saurait être comprise dans l'exception et décla-

rée comme telle valable. Il n'y a sur ce point aucune difficulté : le texte est très clair et doctrine et jurisprudence sont unanimes pour l'admettre.

Cette restriction aux seules dispositions à titre particulier se comprend, d'ailleurs, très bien. La loi n'a pas voulu faire exception en leur faveur parce que ces libéralités dépassent, en général, le caractère rémunératoire par leur quotité d'abord, par la vocation à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens qu'elles donnent à leur titulaire ensuite; elles sont, en général trop fortes et il y a lieu de croire qu'une telle libéralité a sa source non dans le désir de récompenser l'incapable, mais dans une captation. Il convient cependant de se demander quelle peut être la sanction d'une telle libéralité. Une disposition universelle ou à titre universel a été faite en faveur d'un incapable et déclarée par le testateur comme rémunératoire, que va-t-elle devenir? La réponse semble, tout d'abord aisée. L'article 909 n'a admis l'exception qu'en faveur des dispositions rémunératoires faites à titre particulier et en faveur de celles-là seulement, il s'en suit logiquement que les dispositions universelles ou à titre universel doivent de plein droit tomber sous le coup de l'incapacité générale et être comme telles déclarées nulles. Cette solution, toutefois, peut aboutir à un résultat bizarre; le legs universel en question peut être fort modique, et être loin de dépasser les facultés du disposant et la rémunération des services rendus. On peut même aboutir à un résultat injuste : un legs universel fort peu important fait à un incapable

est nul, alors qu'un legs à titre particulier beaucoup plus considérable mais ne dépassant pas les facultés du disposant et les services rendus, est valable; aussi un auteur Troplong (1), est-il venu proposer la solution suivante : « Bien que, dit-il, notre article n'autorise que les libéralités rémunératoires faites à titre particulier, il ne faudrait pas réprimer d'une manière absolue un legs plus étendu, même un legs universel, si, au fond, il pouvait s'expliquer par des services rendus; il suffirait que le juge le réduisit à une juste proportion. »

Cette opinion cependant, ne saurait être retenue. On ne peut étendre l'exception à des cas non prévus expressément par la loi; et l'article 909 spécifie bien ne vouloir l'admettre qu'en faveur des dispositions à titre particulier. Les dispositions universelles ou à titre universel, si modiques soient-elles, ne sauraient donc être exceptées.

Une autre opinion à été soutenue en jurisprudence dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 mars 1870 (D. P. 1870. 1.329 et S. 1870.1.233). Le duc de Grammont-Caderousse avait pendant sa dernière maladie fait son testament, dans lequel il léguait tous ses biens à son « bon et excellent ami », le Dr Déclat. Le testament fut annulé par la Cour de Paris le 8 mars 1867 en vertu de l'article 909, le Dr Déclat ayant traité le disposant pendant sa dernière maladie. L'avocat général Val-

(1) Troplong : *Donations entre vifs et testaments*, t. II, Chapitre 2, nº 638.

lette qui avait conclu à la nullité, avait émis cependant le vœu que les héritiers du duc remissent une partie de la fortune au docteur, ami du défunt, et la Cour elle-même avait reconnu dans l'un de ses motifs que la situation du Dr Déclat vis-à-vis du duc de Grammont « autorisait en sa faveur les libéralités les plus largement rémunératoires. » Aussi ne recevant rien des héritiers, le docteur les assigna-t-il en paiement d'une somme de 200.00 francs (le 1/10 environ de ce que lui avait légué le testament annulé) à titre de disposition rémunératoire. Il raisonnait ainsi : en l'instituant son légataire universel, le duc avait voulu le récompenser de son amitié et le remercier des services qu'il lui avait rendus; ce fait, d'ailleurs, avait été reconnu par la Cour de Paris dans son arrêt du 8 mars 1867. Le legs, sans doute, était nul en tant que legs universel, ne pouvant rentrer dans l'exception admise par la loi, mais il était possible de substituer à ce legs universel un legs à titre particulier, dont le montant serait évalué par le juge proportionnellement aux facultés du disposant et aux services rendus. Une libéralité exagérée ne serait pas ainsi à craindre, le légataire perdant sa vocation au tout et le juge ayant la possibilité de réduire la disposition, et surtout la libéralité rentrerait dans les termes de la loi, étant à titre particulier. — Mais la Cour de Paris le 10 juin 1869 et la Chambre des Requêtes, le 21 mars 1870 (D. P. 1870.1.329 et S. 1870.1.233) n'admirent pas cette substitution et rejetèrent la demande du Dr Déclat « attendu que l'article 909 du Code Napoléon

après avoir prohibé les dispositions testamentaires faites par le malade au profit du médecin dont il a reçu les soins pendant sa dernière maladie, n'excepte de cette prohibition générale que les legs réunissant ces deux caractères : 1° Qu'ils sont faits à titre particulier; 2° qu'ils sont rémunératoires en égard aux facultés du disposant et aux services rendus; que ce double caractère du legs doit ressortir du testament même sans qu'il appartienne au juge de se substituer au testateur et de transformer par une réduction arbitraire un legs universel en un legs particulier. »

Que faut-il penser de cette solution? Sans doute, par la substitution proposée, on éviterait les libéralités exagérées, on éviterait surtout l'obstacle apporté par le texte, l'article 909 ne permettant que les dispositions à titre particulier; mais c'est précisément cette substitution qui, en elle-même est impossible. L'opérer, serait d'abord aller contre la volonté du disposant qui a voulu donner à l'incapable vocation au tout, ce serait ensuite permettre au juge de substituer arbitrairement sa volonté à celle du testateur; ce serait enfin et surtout changer complètement la nature de la disposition; comme le fait remarquer Demolombe (1) : « Comment, en effet, réduire à un legs particulier un legs universel? Ne serait-ce pas en changer la nature? Ne serait-ce pas passer d'une classe dans une autre et empiéter sur les droits du testateur? »

Cette solution de la jurisprudence est seule logique.

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 531 p. 530.

Peut-être, en annulant les legs universels de sommes modiques, aboutit-elle à un résultat assez injuste, mais le disposant n'avait alors qu'à se conformer à la loi.

II. — L'article 909 en vue d'éviter les libéralités trop fortes ne permet comme dispositions rémunératoires que les libéralités à titre particulier. Des dispositions à titre particulier cependant peuvent encore être très importantes et se trouver nettement exagérées, par rapport soit aux ressources du disposant, soit aux services rendus. C'est pourquoi, l'article 909 est venu réduire encore les dispositions rémunératoires permises en les soumettant à une seconde condition et en n'exceptant de l'incapacité, que celles faites à titre particulier *eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.*

Pour ce qui est du point de savoir si une libéralité est exagérée ou non par rapport aux facultés du disposant et aux services rendus, ceci est une simple question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux : les juges du fond décideront souverainement si dans un cas donné, la libéralité rémunératoire est ou non exagérée. Il n'y a pas sur ce point de difficulté. La seule question qui demande un examen particulier est celle qui a trait à la sanction de cette libéralité. Quelle va être cette sanction?

Il est d'abord, un point hors de doute. La disposition à titre particulier exagérée doit-être déclarée nulle si l'exagération est telle qu'il ne soit pas possible de la considérer comme rémunératoire, car l'article 909

n'apporte exception qu'en faveur des dispositions rénumératoires, et les libéralités ne présentant pas ce caractère, doivent de plein droit tomber sous le coup de l'incapacité générale. Mais quelle solution adopter en ce qui concerne les libéralités exagérées mais pouvant être cependant considérées comme rémunératoires? La libéralité va-t-elle être nulle ne rentrant pas dans les conditions exigées par l'article 909 et tombant dès lors, sous le coup de l'incapacité générale ou va-t-elle être seulement réductible, le disposant n'ayant fait simplement de la rémunération qu'une évaluation trop forte?

On pourrait en soutenir la nullité. La loi n'a admis l'exception qu'à deux conditions : que la disposition, d'abord, soit faite à titre particulier, qu'elle soit adressée ensuite eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. La disposition est nulle lorsqu'elle ne remplit pas la première condition et n'est pas faite à titre particulier, la sanction logiquement doit être la même lorsqu'elle ne satisfait pas à la seconde et dépasse les facultés du disposant et les services rendus; elle apparaît devoir tomber alors sous le coup de l'incapacité générale.

La jurisprudence cependant a admis une opinion différente et a déclaré la disposition rémunératoire exagérée non frappée de nullité, mais seulement réductible; les magistrats la ramèneront à une juste proportion en s'inspirant des ressources du disposant et des services à lui rendus par le gratifié. Cette solution a été adoptée, d'abord, par la Chambre civile dans un arrêt du 13 août 1844 (D. P. 1844.1.340 et S. 1844.1.710).

Dans cet arrêt, une personne avait légué à son chirurgien une rente annuelle et viagère de 300 francs, à titre rémunératoire. Les légataires universels du testateur demandèrent la nullité du legs, celui-ci ne réunissant pas la deuxième condition exigée par l'article 909, alinéa 2, excédant les services rendus, et devant tomber dès lors sous le coup de l'incapacité générale. La Cour d'Orléans fit droit à leur demande et annula la disposition. Pourvoi en cassation fut fait par le chirurgien, prétendant les libéralités exagérées non annulables, mais simplement réductibles. « L'arrêt attaqué, dit le pourvoi la (la disposition) considère comme excessive mais ce vice ne lui enlève pas son caractère rémunératoire, il pouvait être une cause de réduction, non d'annulation. » La Chambre civile admit le pourvoi « attendu qu'il (l'arrêt attaqué) ne pouvait prononcer, d'une manière absolue, la nullité d'une disposition rémunératoire que la loi autorise eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus » et elle se contenta de réduire la libéralité. La même solution a été adoptée plus tard, par la Chambre des Requêtes dans un arrêt du 21 avril 1913 (D. P. 1913.1.481).

Ainsi, la jurisprudence déclara non nulle mais simplement réductible la disposition rémunératoire excessive.

Mais, sur quoi se base-t-on pour n'admettre qu'une simple réduction et pourquoi le legs particulier exagéré n'est-il susceptible que d'une réduction alors que le legs universel ou à titre universel est frappé de nullité? On ne voit pas bien la raison d'être d'une telle différence

entre la sanction de la première condition et celle de la seconde? Les arrêts ne motivent pas bien leurs décisions sur ce point, la jurisprudence déclare la disposition rémunératoire exagérée, réductible, sans dire exactement pourquoi. Il est possible cependant, de dégager les idées qui l'ont poussée à n'admettre qu'une simple réduction. La jurisprudence veut favoriser les libéralités. En ce qui concerne les dispositions universelles ou à titre universel, il lui a été impossible de les admettre à l'exception, parce que l'article 909, alinéa 2, en précisant ne permettre que les dispositions à titre particulier, a entendu les rejeter complètement de son application, si faibles soient-elles, et les faire tomber sous le coup de l'incapacité générale. Il lui a été impossible par ailleurs, de substituer à cette libéralité universelle ou à titre universel une libéralité à titre particulier, car elle en aurait alors changé la nature. Au contraire, en ce qui concerne les dispositions à titre particulier dépassant les facultés du disposant ou les services rendus, il lui a été facile d'en n'admettre qu'une simple réduction. L'article 909 alinéa 2, en effet, contrairement à ce qu'il décide pour les libéralités universelles ou à titre universel ne rejette pas entièrement de son exception les libéralités à titre particulier; il ne les repousse qu'autant qu'elles dépassent les facultés du disposant et la rémunération des services rendus. La solution alors apparaît aisée à trouver, il suffira tout simplement de réduire la disposition exagérée à une juste proportion; et ce point ne présentera pas de difficulté, la disposition réduite ne changeant pas de nature.

On pourrait peut-être faire grief à la jurisprudence, en réduisant ainsi le montant de la libéralité et en fixant sa quotité selon son appréciation, de violer tout au moins partiellement la volonté du disposant et de substituer arbitrairement sa volonté à la sienne. Cette solution, évidemment, ne va pas sans une certaine méconnaissance de la volonté du donateur ou du testateur, mais il convient de remarquer que là où la jurisprudence méconnaîtrait davantage cette volonté ce serait en annulant la disposition ; en se contentant de la réduire, elle la respecte, au contraire, en un certain sens. Ce qui dans cette libéralité, lui apparaît essentiel, c'est son caractère rémunératoire; le disposant a voulu surtout récompenser son médecin ou son ministre du culte. Seulement, il a fait de cette rémunération une mauvaise appréciation, il l'a fixée à une quotité trop forte, soit par rapport à ses ressources, soit par rapport aux services rendus; c'est pourquoi la jurisprudence maintient la donation ou le legs, mais pour la conformer aux exigences de la loi, elle la réduit à la proportion demandée.

Cette réduction des libéralités exagérées d'ailleurs, n'est pas spéciale à la matière. Elle n'est que l'application d'un principe général admis par la jurisprudence, d'après lequel chaque fois que l'incapacité se trouve limitée à une certaine quotité des biens du disposant ou à une certaine valeur, la sanction qui la frappe est la simple réduction. Tel est le cas des libéralités testamentaires du mineur ; le mineur de 16 ans, en vertu de l'article 904 du Code civil, ne peut tester que jusqu'à

concurrence de la moitié des biens dont il pourrait disposer étant majeur, toute atteinte portée à cette règle n'est frappée que de la réduction. Tel est le cas également des libéralités entre vifs ou testamentaires faites à des enfants naturels simples, adultérins ou incestueux; en vertu de l'article 908 C. civ., les enfants naturels ne peuvent recevoir de leurs parents qu'une certaine quotité de biens fixée par la loi ; s'ils sont gratifiés au delà, c'est la réduction. Tel est le cas encore des libéralités adressées à des congrégations de femmes par leurs membres; les congrégations de femmes, en vertu de la loi du 24 mai 1825, ne peuvent recevoir de leurs membres des libéralités universelles ni des libéralités particulières dépassant le quart de leur fortune, toute disposition à titre particulier excédant ce quart est réductible. Tel est le cas, enfin, de toutes les dispositions portant atteinte à la réserve qui ne sont pas nulles, mais seulement réductibles.

Telles sont donc les conditions de la disposition rémunératoire permise. Une question maintenant se pose : cette exception existe-t-elle en faveur de toutes les libéralités et en faveur de tous les incapables? C'est l'examen de son champ d'application, qui reste à étudier.

## Section II. — Champ d'application de l'exception admise en faveur de la disposition rémunératoire.

I. — L'exception de disposition rémunératoire existe-t-elle au profit de toutes les libéralités atteintes par

l'incapacité? On doit, semble-t-il, répondre par l'affirmative. Le mot *dispositions* employé par l'article 909, alinéa 2 indique bien l'intention chez le législateur d'étendre l'exception à toutes les libéralités quelles qu'elles soient. D'un autre côté, il paraît logique, du moment que le Code frappe de l'incapacité tous les actes à titre gratuit, les donations aussi bien que les legs, les libéralités indirectes aussi bien que directes, les libéralités déguisées aussi bien qu'ostensibles, d'admettre l'exception de disposition rémunératoire en faveur de tous ces actes. Ce point n'a d'ailleurs pas fait de difficulté et la jurisprudence a admis facilement son extension. La Chambre des Requêtes dans un arrêt du 10 décembre 1851 (D. P. 1852.1.80) a déclaré que la remise de dettes faite dans son testament par un malade en faveur de tous ses créanciers profite au médecin qui lui a donné ses soins pendant sa dernière maladie, s'il est établi qu'elle a eu lieu comme témoignage de reconnaissance. Déjà, la Cour de Grenoble dans un arrêt du 16 avril 1806 (R. 384) avait considéré comme libéralité rémunératoire la clause par laquelle un testateur avait donné à un prêtre, son confesseur, l'administration des biens de son légataire mineur avec dispense de rendre compte et de faire inventaire.

On peut cependant se demander s'il est possible d'étendre l'exception aux libéralités déguisées sous forme de contrat onéreux ou adressées par personnes interposées? En vertu de l'article 911 du Code civil, ces dispositions sont nulles, lorsqu'elles sont adressées à

un incapable. Toutefois, lorsqu'elles présentent un caractère rémunératoire, on peut se demander si l'article 911 continue à s'appliquer à elles et à les frapper de nullité ou si, au contraire, l'exception de l'article 909, alinéa 2, doit jouer en leur faveur.

La jurisprudence n'a pas eu à trancher, sur la question, mais elle a été appelée à statuer sur la validité des libéralités déguisées en d'autre matière; et elle a prononcé la nullité totale et entière de toutes les libéralités déguisées sous forme de contrat onéreux ou par personne interposée. Dans plusieurs arrêts, notamment dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 12 juin 1876 (S. 1877.2.12), de la Cour de Limoges du 27 décembre 1898 (D. 1898.2.286) et de la Cour de Douai du 6 avril 1914 (S. 1915.2.487), la jurisprudence a déclaré que la libéralité faite à un incapable, simplement réductible lorsqu'elle est faite ostensiblement devient nulle pour le tout, lorsqu'elle a lieu par personne interposée ou par déguisement (1). De cette solution, il résulte que la disposition rémunératoire excessive adressée à un médecin ou à un ministre du culte, réductible lorsqu'elle a lieu ouvertement, devient nulle lorsqu'elle est simulée, il résulte même que la disposition rémunératoire à titre particulier non excessive qui est pleinement valable lorsqu'elle est faite ostensiblement, est atteinte d'une nullité totale lorsqu'elle est déguisée.

Pour admettre cette solution, la jurisprudence s'est

(1) La même opinion a été admise par plusieurs auteurs notamment par Aubry et Rau (t. X, § 650 *bis*, p. 518, note ) et par Josserand (t. III, nº 1447 p. 756). En sens contraire, Planiol et Ripert (t. V, nº 254).

basée sur deux arguments. Sur un argument de texte d'abord. L'article 911 frappant de nullité toutes les dispositions déguisées faites en faveur d'un incapable : « Toute disposition en faveur d'un incapable, dit-il, sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées », et n'apporte à ce principe aucune exception; il s'en suit donc que comme les autres, les dispositions rémunératoires doivent-être déclarées nulles. « Attendu, dit l'arrêt de la Cour de Douai du 6 avril 1914, que les dispositions, faites en sa faveur, seraient en cas d'excès, simplement réductibles à la mesure de ce qu'elle pouvait légalement recevoir, pourvu qu'elles aient eu lieu d'une manière ouverte; mais qu'aux termes de l'article 911, § 1er, elles doivent au contraire, être déclarées nulles pour le tout si elles ont été déguisées, sous le voile d'un contrat à titre onéreux ou sous le nom d'une personne interposée. » A cet argument de texte, la jurisprudence en a ajouté un autre d'ordre rationnel, en voyant dans cette nullité la sanction de la simulation. Le disposant, en déguisant sa libéralité, a eu l'intention de tourner la loi, la nullité de la donation sera la sanction de son acte. « La nullité, dit l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 12 juin 1876, est dans ce cas la peine de la fraude à laquelle les parties ont eu recours. »

Cette solution de la jurisprudence semble discutable. Il paraît préférable de déclarer valable la libéralité déguisée présentant un caractère rémunératoire, alors même qu'elle serait excessive; il suffirait en ce cas, de la

réduire. Il est facile d'abord d'écarter l'argument rationnel en vertu duquel la nullité s'impose, étant la sanction de la simulation. La simulation n'est pas en elle-même une cause de nullité, elle ne le devient que lorsqu'elle a pour but de frauder la loi. Or, la fraude à la loi ne peut se rencontrer ici, la disposition rémunératoire adressée à un incapable étant valable; en interposant une tierce personne ou en déguisant sa donation, le disposant n'a pu avoir une telle idée. Par ailleurs, l'argument de texte est aisé lui aussi à réfuter. Les libéralités frappées de nullité, en effet, sont les libéralités déguisées adressées à un incapable. Or on ne peut dire que les dispositions rémunératoires, même excessives, adressées a un médecin ou à un ministre du culte soient faites à un incapable, puisque ces personnes sont capables de les recevoir tout au moins partiellement. L'article 911 ne semble donc pas devoir jouer ici; c'est l'article 909 alinéa 2 qui paraît s'appliquer à la question.

On peut se demander pourquoi la jurisprudence qui a tendance habituellement à se montrer favorable aux libéralités, a admis ici une nullité. La jurisprudence si elle voit avec faveur les libéralités ostensibles, elle se montre, par contre, vis-à-vis des libéralités déguisées nettement hostile, celle-ci présentant habituellement un caractère frauduleux, et les tribunaux ont horreur de la fraude. C'est pourquoi, elle s'efforce de les annuler le plus possible. Elle admet, en principe, que les libéralités exagérées, même frauduleuses, sont réductibles à la quotité permise et non nulles,

parce qu'elle n'a pas cru pouvoir prononcer une nullité, celle-ci constituant en la matière une véritable pénalité, et il ne peut y avoir de pénalité sans texte (1). Mais, chaque fois qu'un texte lui permet de substituer à la simple réductibilité des libéralités déguisées, une nullité totale, elle s'empresse de s'en emparer. C'est ainsi qu'elle applique l'article 732 du Code civil et considère comme recéleur d'objets de la succession l'héritier réservataire qui a reçu une donation déguisée tendant à l'avantager illégalement aux dépens de ses cohéritiers; qu'elle annule et ne réduit pas seulement, les libéralités portant atteinte à la réserve des enfants légitimes et ayant un but illicite, étant adressées, par exemple à un concubin (2), parce qu'elle a, là aussi, un texte, l'article 1131 du Code civil qui lui permet d'annuler les dispositions ayant une cause immorale. C'est ainsi, enfin, qu'elle annule les libéralités dépassant la quotité permise adressées par une personne laissant des enfants d'un premier lit à son conjoint, et les dispositions exagérées faites à un incapable, parce qu'elle a à sa disposition deux textes, l'article 1099 pour le premier cas et l'article 911 pour le second, qui lui permettent de prononcer cette nullité (3). C'est donc en haine de la fraude et parce qu'elle possède un texte lui permettant de la punir (l'article 911), que la jurisprudence prononce la nullité totale des

(1) Ch. des Requêtes, 1er juin 1932 (D. P. 1932.1.169).

(2) Ch. civile, 11 avril 1932 (D. P. 1932.1.169).

(3) Voir sur cette question une note de M. Savatier sous les arrêts de Ch. des Req., 1er juin 1932 et Ch. civile, 11 avril 1932 (D. P. 1932.1.169).

libéralités rénumératoires déguisées adressées à un incapable.

Mais, que décider en ce qui concerne les dons manuels rénumératoires excédant les ressources du disposant ou les services rendus? Quelle va être leur sanction? Le don manuel est une donation directe et non une libéralité déguisée, mais assez souvent, il présente en fait, un caractère frauduleux, la preuve de son existence étant difficile à faire et le disposant s'en servant souvent pour gratifier un incapable. On peut se demander alors si la jurisprudence qui veut punir la fraude a à sa disposition un texte lui permettant de proclamer sa nullité. — La jurisprudence ne possède pas ce texte. L'article 911 ne peut pas s'appliquer à la matière, ne visant que les dispositions indirectes déguisées sous forme de contrat à titre onéreux ou adressées par personne interposée et ne pouvant, par ailleurs, jouer par extension, les textes prévoyant les incapacités devant être interprétés restrictivement. Force est donc à la jurisprudence d'appliquer son principe général par lequel les libéralités dépassant la quotité permise, alors même qu'elles présenteraient un caractère frauduleux, sont seulement réductibles et non nulles. Le don manuel rémunératoire exagéré, par conséquent, n'est pas nul, mais seulement réductible.

Quelle est la portée exacte d'une disposition rémunératoire? En cas de disposition rémunératoire, l'in-

capable déjà gratifié, conserve-t-il toujours le droit de réclamer le montant de ses honoraires? La question ne se pose pas pour le ministre du culte. Mais pour le médecin? Il semblerait, à première vue, qu'on doive répondre par la négative. La disposition rémunératoire a pour but de récompenser le légataire des services rendus, de le payer de ses peines et soins et ce serait en quelque sorte le payer deux fois que lui permettre de réclamer le paiement de ses honoraires. En y réfléchissant bien, on s'aperçoit toutefois que cette question est avant tout une question d'interprétation de la volonté du disposant. Celui-ci en effet, a-t-il déclaré dans sa donation ou dans son testament vouloir faire une libéralité entière en conservant à son médecin le droit de réclamer ses honoraires, cette volonté doit être respectée et le médecin pourra toujours demander ce paiement aux héritiers. Mais, si le malade a été muet sur la question, comment va-t-on interpréter sa volonté? On doit, semble-t-il, déclarer que le médecin a été complètement désintéressé par la disposition rémunératoire et qu'il ne peut plus demander aucune gratification. En faisant son legs rémunératoire, en effet, le disposant a voulu deux choses : d'abord, le récompenser des soins qu'il lui a donnés, le récompenser largement, plus largement qu'il n'aurait pu le faire par le paiement de ses honoraires, payer ensuite lui-même toute sa dette et ne pas la laisser à la charge de ses héritiers. A cet argument d'ordre rationnel, toutefois, on pourrait opposer un argument de texte tiré de l'article 1023 du Code civil : « Le legs fait au

créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance » : le médecin est créancier de ses honoraires, le legs à lui fait ne pourra être présumé adressé en compensation de ceux-ci, et il aura toujours le droit par conséquent de les réclamer.

L'application de l'article 1023 ne semble pas cependant devoir être admise en cette matière. Sans doute, en règle générale, le legs adressé au créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance, mais il ne s'agit pas ici d'une libéralité quelconque, il s'agit d'une disposition *rémunératoire*, et par elle-même, cette disposition rémunératoire implique, en l'absence de toute clause contraire, l'acquittement de toute la dette. Il est à remarquer, d'ailleurs que le médecin ne sera pas frustré, qu'il sera habituellement au contraire, largement payé, le malade voulant lui prouver toute sa reconnaissance; et que dans le cas où il aurait avantage à se faire payer ses honoraires, il aurait toujours la possibilité de répudier le legs et de réclamer le paiement de ce qui lui est dû. Il est à remarquer, enfin, qu'en cas de legs assez faible, ce point étant avant tout une question d'interprétation de la volonté du disposant, le juge pourrait voir dans la modicité de la libéralité, l'intention chez le testateur d'adresser une libéralité entière à son médecin et lui conserver le droit de réclamer le montant de ses honoraires.

II. — Telle est la portée et l'étendue de la disposition rémunératoire quant aux actes. Il faut examiner

maintenant son étendue quant aux personnes. Existe-t-elle en faveur de tous les incapables?

Il semble qu'on doive répondre immédiatement par l'affirmative, l'article 909 n'apportant à son exception aucune restriction. Il est un cas, cependant, susceptible de soulever quelque objection et qu'il convient d'examiner plus spécialement c'est le cas des personnes exerçant illégalement la médecine. Ces personnes commettent un véritable délit et on peut se demander, vu le caractère illicite de leur acte, s'il ne convient pas de leur refuser cette faveur à titre de sanction?

La Cour de cassation dans des vieux arrêts du 14 juillet 1812 (R. 375-3°) et du 9 mai 1820 (S. 1820 2.259) a répondu par la négative et a déclaré valable les dispositions rémunératoires faites aux personnes exerçant illégalement la médecine, solution qui, d'ailleurs, paraît logique. Sans doute, celui qui exerce illégalement la médecine est passible du tribunal correctionnel, mais il s'agit là d'une question purement pénale qui ne doit pas avoir d'influence en matière civile. Le charlatan, le guérisseur a pu rendre au malade de très réels services que celui-ci a estimé devoir récompenser; sa volonté doit être respectée, d'autant plus que ces personnes ne possèdent pas d'actions en justice pour se faire rémunérer.

Notre ancien droit avait, d'ailleurs, déjà admis cette solution. Ricard (1) dans son *Traité des donations*

(1) Ricard : *Traité des donations*, t. I, p. 119, n° 516.

déclarait, en effet, qu'une disposition en faveur d'un incapable était valable lorsqu'elle avait pour but de le récompenser de ses bons offices « quand même dans la rigueur, ils (ces bons offices) ne produiraient pas d'action en justice », phrase qui vise évidemment les charlatans et guérisseurs.

Et maintenant, que faut-il conclure sur l'importance de cette exception? L'article 909 alinéa 2 a fait exception en faveur des dispositions rémunératoires. Presque toutes les libéralités adressées aux médecins et aux ministres du culte étant faites en vue de les récompenser, le Code serait arrivé par cette exception à détruire presque complètement le principe s'il n'était venu exiger deux conditions et n'était venu limiter aux seules dispositions modérées les libéralités permises. Il s'en suit dès lors qu'en ce qui concerne les dispositions importantes, universelles et à titre universel, le principe de l'incapacité va subsister dans toute sa force, tandis que vis-à-vis des libéralités modérées il va se trouver fortement supplanté par l'exception, et on peut conclure en disant que les dispositions modérées adressées au médecin ou au ministre du culte traitant seront presque toujours valables, alors que les dispositions importantes resteront nulles, à moins qu'elles ne soient comprises dans la seconde exception admise par la loi en faveur des proches parents du disposant.

## CHAPITRE II

# EXCEPTION EN FAVEUR DES PROCHES PARENTS DU DISPOSANT

L'incapacité des médecins et des ministres du culte a sa source dans une présomption de captation; le législateur a craint un abus d'influence de leur part et il est venu présumer captées toutes les libéralités à eux adressées. Il est un cas cependant où cette présomption doit normalement tomber, c'est lorsque le médecin ou le ministre du culte gratifié est un proche parent du disposant. En cas de proche parenté, en effet, une autre présomption beaucoup plus forte que la précédente doit jouer, la présomption d'affection. Cette présomption d'affection doit faire écarter complètement l'idée d'une captation et faire présumer basée sur les liens de parenté la libéralité adressée. L'exception doit sur ce point, renverser complètement le principe et la liberté du testateur doit être entière.

Notre ancien droit avait déjà admis une exception en faveur des proches parents du disposant : « Il est vrai, dit Furgole (1), que la jurisprudence des arrêts a excepté les tuteurs et curateurs qui se trouvent les

(1) Furgole : *Traité des testaments*, t. I, p. 457.

plus proches parents du mineur ou tout au plus ceux qui sont au nombre des plus proches et qui devront concourir avec d'autres en la succession *ab intestat.* » Ce texte, sans doute, ne parle que des tuteurs et curateurs, mais Furgole étudie de front l'incapacité des tuteurs et curateurs et celle des médecins et confesseurs et l'exception qui s'applique à une catégorie s'applique aussi à l'autre; d'ailleurs, cet auteur déclare quelques lignes plus loin que « l'on ne peut détruire cette présomption légale que quand la qualité de plus proche parent est jointe à celle de *médecin.* » Cette exception existait donc, dans notre ancien droit en faveur des proches parents, médecins ou confesseurs; la présomption de captation, simple présomption de fait, était alors complètement écartée et la libéralité pleinement valable, le gratifié n'avait pas besoin de prouver, comme dans les autres cas, que la disposition avait une autre source que son abus d'influence.

Cette exception est passée dans notre Code, dans l'article 909 alinéa 2 : « Sont exceptées : 2° Les dispositions universelles dans les cas de parenté jusqu'au 4e degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe, à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit au nombre de ces héritiers. » Le Code précise bien dans ce texte en faveur de quels actes et au profit de quelles personnes, il admet cette seconde exception, c'est au profit des « *dispositions universelles* en cas de *parenté jusqu'au* 4e *degré inclusivement.* »

Il convient d'examiner en détail l'étendue de cette exception quant aux actes et quant aux personnes.

## Section I. — Étendue de l'exception quant aux actes.

Sont exceptées : *Les dispositions universelles.* Quelles libéralités le Code veut-il viser par cette expression? Veut-il dire qu'il admet l'exception en faveur des dispositions universelles et en faveur de celles-là seulement, à l'exclusion des dispositions à titre universel et à titre particulier, ou, au contraire, veut-il faire remarquer qu'il l'admet en faveur de toutes les libéralités, même des libéralités universelles? Si on s'en tenait rigoureusement aux expressions employées par le Code, on devrait dire que seules les dispositions universelles visées expressément par la loi doivent être admises à l'exception; et cette opinion a été soutenue devant la Chambre des Requêtes dans un arrêt du 21 juillet 1806 (R. 3.709). Mais la Cour de cassation a repoussé, et avec raison cette prétention. Il convient de rechercher, en effet, ce que par cette expression le Code a voulu marquer. Il n'a certainement pas voulu dire qu'il n'entendait excepter de l'incapacité que les seules dispositions universelles; il n'y aurait, en effet, aucune raison d'interdire les dispositions à titre particulier; s'il valide les libéralités importantes, les libéralités universelles, à plus forte raison doit-il admettre les libéralités modérées que sont les libéralités à titre particulier. Il a voulu par cette expression, tout sim-

plement marquer une antithèse entre l'exception existant en faveur des proches parents et celle admise en faveur des dispositions rémunératoires. Dans l'exception en faveur des dispositions rémunératoires, la loi ne permet la libéralité que lorsqu'elle est à titre particulier « Sont exceptées : 1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier », alors que dans la seconde, elle admet toutes les libéralités, même les libéralités universelles : « Sont exceptées; 2° les dispositions universelles dans le cas de parenté »; *dispositions universelles* s'opposent ici à *dispositions faites à titre particulier*, la loi n'a voulu marquer qu'une simple antithèse entre les deux membres de phrase. Il résulte clairement des travaux préparatoires, par ailleurs, que l'intention des rédacteurs du Code a été d'admettre l'exception en faveur de toutes les dispositions et non pas seulement des dispositions universelles. Dans l'Exposé des motifs, Bigot-Préameneu (1) déclare en effet : « Il eût été injuste d'interdire les dispositions celles *même* qui seraient universelles, faites dans ce cas par un malade au profit de ceux qui le traitent et qui seraient ses parens. »

Il faudrait lire l'article 909 de la façon suivante : « Sont exceptées : les dispositions *même* universelles dans le cas de parenté (2) ».

Mais, pourquoi le Code s'est-il montré plus large en

(1) Voir Fenet, t. 12, p. 520.

(2) La doctrine est en ce sens (voir Baudry-Lacantinerie : t. III, n° 909; Planiol et Ripert, t. V, n° 241; A. Colin et Capitant, t. III, n° 904; Josserand, t. III, n° 1420.

faveur des dispositions faites aux proches parents qu'en faveur des dispositions rémunératoires?

La solution s'explique aisément. En cas de disposition rémunératoire, en effet, le Code s'est trouvé hésiter entre deux idées contradictoires : d'une part, qu'il existe du côté du médecin ou du ministre du culte traitant un danger sérieux de captation, et, d'autre part, que les libéralités à eux faites sont ordinairement toutes légitimes ayant pour but de les récompenser des services rendus; et il a concilié ces deux idées en permettant les dispositions rémunératoires mais en ne les permettant qu'à certaines conditions. En cas de parenté proche, au contraire, un pareil conflit ne s'est pas trouvé; la présomption de captation a disparu, étant totalement écartée par la présomption d'affection existant entre parents et dès lors, médecin et ministre du culte deviennent pleinement capables, comme le serait n'importe quelle autre personne.

Cette exception apparaît donc très importante, venant détruire complètement vis-à-vis des proches parents le principe de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte, aussi convient-il d'examiner attentivement quelles sont parmi ces proches parents les personnes visées.

## Section II. — Étendue de l'exception quant aux personnes.

I. — « Sont exceptées, dit l'article 909, les dispositions universelles *dans le cas de parenté...* » Que

faut-il entendre par parenté? L'article 909 n'a-t-il voulu comprendre dans cette expression que les seuls parents du disposant, c'est-à-dire les seules personnes unies à lui par les liens du sang, ou a-t-il voulu, au contraire, se montrer plus large et viser à la fois ses parents et ses alliés? Le Code met assez souvent sur le même pied quant à leurs effets parenté et alliance. Cette assimilation de la parenté et de l'alliance se retrouve-t-elle ici? Il n'existe sur la question qu'un seul arrêt et un vieil arrêt de la Chambre Civile du 12 octobre 1812 (S. 1813.1.38). Dans cette affaire, une personne avait institué les deux fils de son pharmacien traitant comme ses légataires universels. Les deux frères du testateur, ses héritiers, attaquèrent le testament en vertu des articles 909 et 911, les deux fils étant présumés personnes interposées de leur père. Le pharmacien répondit à cette action en soutenant la validité du legs, ses deux fils étant neveux par alliance du testateur et l'article 909 apportant exception en faveur des parents jusqu'au 4e degré inclusivement. Mais la Cour de cassation repoussa sa prétention et proclama la nullité de la disposition en déclarant que l'exception ne s'appliquait qu'aux parents et non pas aux alliés. « Considérant, dit-elle, sur le premier moyen, que l'article 909 du Code Napoléon et dans l'incapacité qu'il prononce et dans l'exception qu'il établit en faveur des parents s'occupe de la transmission et de la conservation des biens dans la famille; que les alliés qui n'ont aucun droit à ces biens sont aussi étrangers à cet article qu'à tous les autres qui

règlent la même matière, et qu'ainsi, en refusant d'étendre aux alliés l'exception faite en faveur des parents, la Cour de Turin a fait une juste application dudit article 909. »

Cette solution de la jurisprudence semble juste. La véritable raison d'être de cette incapacité, comme de toutes les incapacités d'ailleurs et de l'hostilité du Code à l'égard des libéralités en général, doit être recherchée dans le désir qu'a eu le législateur d'assurer la transmission des biens à la famille. Or, si une exception en faveur des proches parents n'est pas susceptible de porter atteinte à cette transmission, il n'en est pas de même d'une exception en faveur des alliés, l'alliance permettant très facilement au contraire, le transfert à titre gratuit des fortunes d'une famille dans une autre. C'est pourquoi, sur la base même de ce principe, il semble qu'on doive écarter l'alliance de l'exception.

Cependant, à côté de cette cause lointaine et générale sur laquelle a raisonné l'arrêt du 12 octobre 1812, il est à l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte une autre cause plus immédiate et plus spéciale résidant dans le souci du législateur de protéger le disposant et sa famille contre les captations. Même sur la base de cette présomption de captation, l'alliance semble devoir être écartée de l'exception. Pourquoi, en effet, le Code a-t-il excepté de l'incapacité les proches parents? C'est parce qu'entre proches parents, il existe une affection profonde qui est présumée la source des libéralités à eux adressées

et qui écarte complètement l'idée d'une captation. Mais, entre alliés, une telle affection ne se retrouve pas, il n'y a dès lors, aucune raison d'admettre d'exception en leur faveur.

Au point de vue des textes, en outre, cette extension ne semble pas davantage possible. La loi parle de *parenté*; or, ce mot parenté, s'il a dans le langage courant un sens assez vague englobant souvent sous sa dénomination les alliés, il a, par contre, dans le langage juridique un sens bien précis et ne désigne que le seules personnes unies par les liens du sang. Sans doute, le Code assimile assez souvent quant à leurs effets parenté et alliance, mais tout au moins, les vise-t-il tous deux expressément dans ses termes et parle-t-il de « parents et alliés ».

La grande majorité de la doctrine admet cette solution : l'exception n'est admise qu'en faveur des parents et non en faveur des alliés (1).

II. — Mais à quels parents s'applique-t-elle? La réponse est donnée par le Code lui-même : l'exception s'applique aux parents *jusqu'au* 4e *degré inclusivement.*

Il convient de remarquer, en premier lieu, qu'il est impossible de l'étendre au delà du quatrième degré, les textes devant être interprétés restrictivement. C'est ainsi que dans un arrêt du 7 avril 1863 (D. P. 1863.1. 231 et S. 1863.1.172) confirmant un arrêt de la Cour

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 542; Aubry et Rau, t. X, § 649, p. 493; Planiol et Ripert, t. V, nº 241; Josserand, t. III, nº 1420.

de Bordeaux du 12 mai 1862 (D. P. 1862.2.167), la Chambre des Requêtes a déclaré que l'exception n'existait plus et que l'incapacité renaissait lorsque le lien de parenté dépassait le quatrième degré, alors même comme le cas se présentait dans l'espèce, que le médecin gratifié aurait été héritier légitime du testateur et que la nullité de la disposition devait profiter non aux autres parents, mais à un légataire universel, « attendu que cette disposition ne comporte pas d'autres exceptions que celles spécialement prévues et déterminées par la loi. » Un médecin ou un ministre du culte parent du disposant à un degré plus éloigné que le quatrième degré tombe de plein droit, sous le coup de l'incapacité générale, à moins toutefois que sa libéralité ne présente le caractère d'une disposition rémunératoire, auquel cas, elle serait valable comme telle.

Mais, si elle ne joue pas au delà du quatrième degré, l'exception à l'invers, s'applique chaque fois qu'on se trouve en présence d'une parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, que cette parenté soit en ligne directe ou en ligne collatérale, car l'article 909 ne distingue pas et l'exception doit alors s'appliquer aussi bien à l'une qu'à l'autre ligne.

A cette capacité des parents jusqu'au quatrième degré, le Code a apporté cependant, une certaine restriction. Il n'a admis l'exception en leur faveur, qu'à condition « que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe à moins toutefois que celui au profit de qui la

disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. » Le médecin ou le ministre du culte gratifié par conséquent, même s'il est parent avec le disposant au quatrième degré ou à un degré moindre ne sera pas admis à l'exception si le décédé laisse des héritiers en ligne directe; la libéralité à lui adressée ne sera valable en ce cas que s'il se trouve lui-même au nombre de ces héritiers. Cette solution semble assez simple et ne paraît pas devoir présenter de difficulté. Elle a donné lieu cependant à une controverse assez vive sur le point de savoir le sens qu'il faut attribuer au mot « héritiers ». Faut-il appliquer ce mot dans son sens propre et déclarer qu'il signifie personnes appelées à la succession ou convient-il de lui donner une signification plus large et de le regarder comme désignant les parents?

Duranton (1) et Aubry et Rau (2) ont traduit ce mot « héritiers » dans le sens de parents et selon eux la libéralité adressée au médecin ou au ministre du culte parent jusqu'au quatrième degré inclusivement ne sera valable que si le décédé ne laisse pas de parents en ligne directe. D'autres auteurs (3) au contraire, le comprennent dans son sens propre, dans celui de successibles, et ne déclarent le médecin ou le ministre du culte incapables que si le disposant laisse des successibles en ligne directe. Cette discussion présente gros intérêt, car

(1) Duranton, t. VIII, n° 256, p. 266.

(2) Aubry et Rau, t. X, § 649, p. 493, note 43.

(3) Voir Demolombe, t. XVIII, p. 557 et toute la doctrine moderne; Planiol et Ripert, t. V, n° 241; Colin et Capitant, t. III, n° 904; Josserand, tome 3 n° 1420.

l'incapacité est beaucoup plus étendue avec la première théorie qu'avec la seconde; dans la première théorie, en effet, tout parent en ligne directe quel qu'il soit mettra obstacle à l'application de l'exception, tandis que dans la seconde, le parent en ligne directe ne pourra apporter cet obstacle que s'il est seulement successible.

Les partisans de la première théorie raisonnent ainsi : le Code a admis une restriction parce qu'il est parti de cette idée qu'une disposition universelle faite au profit d'un médecin ou d'un ministre du culte parent en ligne collatérale par une personne qui a des parents en ligne directe est plutôt déterminée par l'emprise du médecin sur son malade que par l'affection du parent pour son parent. Or, il est tout à fait indifférent à cet égard que ces parents en ligne directe arrivent ou non à l'hérédité. A cet argument d'ordre rationnel, Aubry et Rau en ajoutent un autre de pur texte, tiré du rapprochement de l'article 909 et de l'article 907. L'article 907 vise les tuteurs qu'il déclare incapables de recevoir des libéralités de la part de leurs pupilles, et cet article n'admet à ce principe qu'une seule exception en faveur des ascendants. L'article 909 est donc plus large que l'article 907, disent Aubry et Rau, il s'en suit logiquement que dans l'article 909 les ascendants doivent bénéficier de l'exception en tout état de cause, comme dans l'article 907, et ce fait ne peut se produire que si on entend le mot héritiers dans le sens de parents.

Cette théorie d'Aubry et Rau et de Duranton semble critiquable. On doit entendre héritiers dans le sens de parents, disent-ils parce que le législateur présume le

fruit d'une captation le legs fait à un médecin parent en ligne collatérale lorsque le disposant a des parents en ligne directe; mais cette affirmation ne repose sur rien, on ne trouve nulle part dans les textes trace de ce fondement, on peut tout aussi bien dire, que le Code ne présume cette captation de la part du médecin que lorsque le défunt laisse des successibles en ligne directe. Il semble, d'ailleurs, que ce soit bien là l'idée du législateur. Quant à l'argument tiré du rapprochement de l'article 909 et de l'article 907, il peut être assez facilement écarté. Il n'est pas du tout nécessaire que l'article 909 soit en tout état de cause plus large que l'article 907. Il peut être en général plus large que lui, mais il peut fort bien se faire que dans certains cas il soit plus restreint. D'un autre côté, comme le fait remarquer Demolombe (1), le mot héritier a en droit français, un sens bien précis; il signifie personnes appelées à la succession et n'est en aucune façon synonyme de parents. Cette synonymie serait même ici particulièrement inadmissible, le mot parent s'y trouvant opposé par une véritable antithèse dans la même phrase au mot héritier. Il serait vraiment extraordinaire que le législateur eut employé l'un à côté de l'autre, dans la même phrase, deux mots différents avec une signification toujours différente pour exprimer une seule et même idée. Par ailleurs, pourquoi écarter de la libéralité le médecin ou le ministre du culte parent du disposant pour la seule raison que le décédé laisse un descendant ou un ascen-

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 557.

dant, si ce descendant ou cet ascendant n'est même pas appelé à la succession? Il y aurait là un résultat illogique : ce parent en ligne directe ne saurait l'écarter qu'autant que la disposition puisse être susceptible de lui causer préjudice.

Aussi aujourd'hui, la doctrine moderne donne-t-elle au mot héritier le sens de successible.

Demolombe a soulevé une autre discussion, à propos du membre de phrase « à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. » Il a prétendu que l'expression « ces héritiers » ne vise pas seulement les successibles en ligne directe, comme le premier membre de phrase, mais tous les héritiers; selon lui, le parent en ligne collatérale serait admis à l'exception aussi bien que le parent en ligne directe, s'il est héritier.

Cette opinion ne semble pas devoir être admise. Les mots *ces* dans l'expression « ces héritiers ». semble bien viser seulement les héritiers en ligne directe dont il est parlé dans le premier membre de phrase, et dès lors le médecin ou le ministre du culte ne sera admis à l'exception que s'il est lui-même héritier en ligne directe, non s'il est héritier en ligne collatérale. Mais il indique, par contre, qu'il suffit qu'il soit du nombre des héritiers en ligne directe, qu'il n'est pas nécessaire qu'il se trouve au même degré que l'héritier susceptible de l'écarter.

En ce qui concerne l'exception en faveur des proches parents, on peut donc conclure en disant que les parents jusqu'au quatrième degré héritiers en ligne directe

seront toujours admis à l'exception, et que les autres parents jusqu'au quatrième degré n'en bénéficieront que si le disposant ne laisse pas de descendant ou d'ascendant.

III. — L'exception ainsi existe en faveur des parents, non en faveur des alliés. Il y a toutefois, dans la famille, une personne qui occupe en quelque sorte une situation intermédiaire entre parents et alliés, c'est le *conjoint* (1). En soi, le conjoint est un allié, mais les liens d'affection qui l'unissent à son époux sont si forts, qu'on peut sur beaucoup de points l'assimiler aux parents. Il serait juste notamment d'admettre une exception en faveur du médecin ou du ministre du culte conjoint du disposant. Cette extension est-elle possible juridiquement?

Plusieurs auteurs, notamment Laurent (2) et Huc (3), ont répondu par la négative. Les exceptions sont de droit étroit et elles ne peuvent exister qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Or l'article 909 ne vise que les parents et ne parle pas du tout du conjoint; il est, dès lors, impossible de la lui étendre.

La jurisprudence cependant a voulu favoriser les libéralités entre conjoints, et elle s'est rendu compte, par ailleurs, que cette interprétation restrictive du texte aboutissait à un résultat injuste. Si l'exception est admise en faveur du cousin germain, à plus forte raison,

(1) Cette question ne se pose pas pour les ministres du culte catholique ceux-ci étant soumis au célibat.

(2) Laurent, t. XI, n° 353, p. 482.

(3) Huc, t. VI, p. 137.

doit-elle être adoptée au profit du conjoint, les liens d'affection unissant les époux étant beaucoup plus forts que ceux qui peuvent exister entre cousins germains. Seulement, elle s'est heurtée à un gros obstacle de texte, l'article 909 ne le visant pas expressément. Elle a réussi cependant à tourner la difficulté et à admettre la validité des libéralités à lui adressées, en écartant ici l'application de l'article 909. Dans plusieurs arrêts, notamment dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 août 1808 (S. 1808.1.482) de la Chambre Civile du 21 août 1822 (S. 1823.1.100) et dans un jugement plus récent du Tribunal de Dax du 25 mai 1899 (D. P. 1899.2.359), la jurisprudence a raisonné ainsi : lorsqu'on est en présence d'une disposition adressée par une femme à son mari médecin, laquelle des deux qualités doit l'emporter, celle de mari ou celle de médecin? Sans aucun doute, la qualité de mari doit absorber l'autre; comme le dit le Tribunal de Dax : « il (le Code) a considéré chez lui bien moins la nature de sa profession que sa qualité d'époux. » Mais alors, si c'est la qualité d'époux qui l'emporte, ce n'est pas l'article 909 qui s'applique, mais l'article 1094, qui permet entre époux toutes les libéralités. Cependant, l'article 909 a peut-être voulu précisément déroger au principe général posé par l'article 1094? Mais, la jurisprudence à cette question répond par la négative, car si telle avait été la volonté du législateur, du moins l'aurait-il déclaré, ou tout au moins, en aurions-nous trouvé quelques traces dans les Travaux Préparatoires, « attendu, dit le Tribunal de Dax, que si le législateur

avait en ce qui concerne le mari médecin ou ministre du culte entendu déroger par l'article 909 à la faculté qu'il accorde aux époux par l'article 1094, on trouverait tout au moins quelque trace de cette intention dans les Travaux Préparatoires du Code; mais que ni Bigot-Préaméneu dans l'exposé des motifs de ces deux articles fait au cours de la séance du 2 floréal an 11, ni le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat du 9 floréal même mois, ni le tribun Favart dans son discours au Corps Législatif du 29 floréal aussi même mois, ne se sont préoccupés de cette question... »

Ainsi au médecin ou au ministre du culte conjoint, ce n'est pas l'article 909 qui s'applique, mais l'article 1094, qui vient permettre entre époux toutes les libéralités.

On pourrait aller plus loin et déclarer qu'il n'est même pas du tout besoin, pour la validité de la libéralité adressée au conjoint médecin ou ministre du culte, d'écarter l'application de l'article 909, qu'il est fort possible de l'admettre sur la base même de cet article. Pourquoi la loi a-t-elle excepté de l'incapacité les proches parents? Parce qu'elle a considéré l'affection existant entre eux comme devant écarter complètement l'idée d'une captation. Mais cette affection se retrouve entre époux aussi forte et souvent même beaucoup plus forte qu'entre proches parents, il y a donc mêmes raisons d'admettre en leur faveur une exception. Sans doute à cette extension se rencontre un obstacle. Ces exceptions doivent être interprétées res-

trictivement et l'article 909 ne parle que de « parenté », mais c'est là une simple objection de texte qui doit être écartée par l'argument d'ordre rationnel qui vient d'être invoqué. Par ailleurs, déclarer nulles les libéralités adressées au conjoint, serait empêcher le médecin de donner à sa femme les secours de son art, ce qui renverserait le principe consacré par l'article 212 du Code civil que « les époux se doivent mutuellement fidélité, *secours et assistance.* »

Aussi, la doctrine est-elle à peu près unanime aujourd'hui pour déclarer que l'exception existe en faveur du conjoint (1).

Cette solution, cependant, va pouvoir donner lieu à des fraudes. En vue de valider la libéralité à lui faite, le médecin incapable pourra avoir l'idée de se marier avec sa malade. On peut se demander alors s'il ne conviendrait pas de présumer comme frauduleux le mariage contracté entre le disposant et son médecin pendant sa dernière maladie.

Pour pouvoir répondre à cette question il importe de distinguer deux hypothèses. La libéralité a-t-elle été faite pendant la dernière maladie du disposant, mais antérieurement au mariage? Il n'y a pas de doute en ce cas, la libéralité est nulle, n'ayant pas été faite au conjoint, mais au médecin. La disposition, au contraire, a-t-elle été adressée pendant la dernière maladie, mais après le mariage. Le médecin a bien alors la qualité de

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III, nº 910; Planiol et Ripert, t. V, nº 241; A. Colin et Capitant, t. 3, nº 904; Josserand, t. III, nº 1420.

conjoint, mais on peut se demander si cette union n'a pas été faite en vue de valider la disposition ultérieure et de tourner la loi. Il y a en ce cas, un point hors de doute, si les héritiers réussissent à prouver que ce mariage n'a été contracté qu'en vue de valider la libéralité et d'éluder l'application de l'article 909, la libéralité sera nulle comme faite en fraude de la loi. Mais, si cette preuve n'est pas fournie?

(Il importe de remarquer, au préalable, que dans le cas où cette présomption de fraude serait adoptée, elle ne serait pas une présomption irréfragable, mais une présomption simple admettant la preuve contraire, car ce ne serait pas la présomption de l'article 909 qui s'appliquerait ici, mais la présomption de fraude à la loi).

On pourrait soutenir que doit être présumé frauduleux un tel mariage. Quel peut bien être, en effet, le but d'une union ainsi faite *in extremis?* Ce n'est certes pas le mariage lui-même, puisque le médecin sait sa femme condamnée. Quel intérêt aurait-il à se marier avec une personne mourante? Il y a tout lieu de croire que cette union a eu un but purement pécuniaire, qu'elle a été faite uniquement en vue de valider les libéralités et de tourner la loi. C'est la solution qui semble avoir été admise, d'abord par la jurisprudence. Dans un arrêt du 30 juin 1817 (S. 1817.2.354), la Cour de Paris et, dans un arrêt du 11 janvier 1820 (S. 1820.1.157), la Chambre Civile avaient considéré comme frauduleux un mariage ainsi fait entre le médecin et sa malade, et avaient annulé la disposition.

Cette décision, cependant, donna lieu à des critiques de la part des auteurs, notamment de la part de Demolombe. Demolombe (1) raisonnait ainsi : « Ce mariage sera-t-il valable? Assurément oui, car aucun texte de la loi ne rend les médecins et ministres du culte incapables de contracter mariage avec la femme malade qu'ils traitent ou qu'ils assistent. » Du moment que ce mariage est valable, il doit produire normalement tous ses effets civils et doit valider, entre autres, toutes les libéralités à eux adressées.

Cette objection de Demolombe, cependant, ne semble pas bien convaincante. Sans aucun doute, le mariage est valable, mais, d'abord, la validité des libéralités adressées au médecin ou au ministre du culte conjoint n'est pas une conséquence directe du mariage, n'en est pas un effet civil, et surtout, la question qui se pose n'est pas du tout de savoir si le mariage est valable ou non et s'il doit produire tous ses effets civils, mais de rechercher si une union ainsi faite *in extremis* ne doit pas être considérée comme frauduleuse et contractée en vue d'écarter une incapacité.

La véritable solution semble avoir été donnée par le tribunal de Dax dans son jugement du 25 mai 1899 (D. P. 1899.2.357) déjà cité. Ce tribunal a admis la validité de la libéralité en se basant sur les arguments suivants : d'abord, sur un argument tiré de ce principe que *la fraude ne se présume pas*. « Il faut en conclure logiquement, dit-il, qu'à moins de rapporter la preuve

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 565, nº 544.

d'insanité d'esprit ou de captation de nature à faire prononcer la nullité de tous testaments, la disposition faite par la femme en faveur de son mari médecin qui l'a épousée et soignée au cours de sa dernière maladie doit être présumée avoir été inspirée par la seule affection de l'épouse pour son époux et cela sans qu'il y ait lieu de tenir compte des considérations ou calculs intéressés qui ont peut-être poussé le médecin à s'unir en mariage avec une malade dont il connaissait déjà l'état désespéré et de laquelle il savait que les jours étaient comptés. »

Le tribunal a vu, en outre, un argument dans l'inégalité que créerait cette présomption entre les citoyens. Il y a bien d'autres personnes qui se marient ainsi *in extremis* pour pouvoir obtenir des libéralités de leur conjoint, et on ne regarde pas du tout ce mariage comme frauduleux, on ne vient pas contester la validité des libéralités; pourquoi admettre une solution différente en ce qui concerne le médecin ou le ministre du culte? Il n'y a aucune raison. « Ce serait, dit le jugement, précisément créer une inégalité dans la loi qui préjudicierait gravement à une classe de citoyens que de faire servir l'article 909 du C. civ. à priver le mari médecin, alors même qu'il se serait marié plutôt par intérêt que par affection, des avantages que lui confère sa qualité de mari. »

Il semble qu'on doive admettre les arguments du tribunal de Dax, en particulier l'argument tiré du principe par lequel la fraude ne se présume pas, et qu'on doive considérer comme non frauduleux le

mariage intervenu entre le médecin ou le ministre du culte et son malade. Il faut reconnaître, toutefois, que cette solution n'est pas absolue et que le tribunal pourrait fort bien voir dans les circonstances de la cause une preuve de la fraude.

Pour ce qui est des autres parents, non admis à l'exception et des alliés, il ne faudrait pas conclure que les libéralités à eux adressées soient nulle de plein droit; elles peuvent, en effet, réunir les conditions de la première exception et être validées à titre de disposition rémunératoires, seulement la liberté sera moins grande, car on ne permettra en leur faveur que des dispositions à titre particulier, calculées eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.

On peut donc conclure qu'en ce qui concerne les médecins ou ministres du culte parents ou alliés du disposant, comme en ce qui concerne les médecins ou ministre du culte étrangers, les libéralités modérées, à titre particulier, seront, en principe, autorisées, mais que plus spécialement vis-à-vis des médecins ou ministres du culte proches parents ou conjoints du donateur ou du testateur, la liberté sera plus grande et que toutes les libéralités, même les dispositions universelles, seront permises.

## CONCLUSION

Telle est l'étendue de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte en matière de libéralités. Cette incapacité n'est donc pas si rigoureuse qu'elle peut le sembler au premier abord. Sans doute les médecins, pharmaciens et ministres du culte sont en principe incapables de recevoir des dispositions de la part des personnes qu'ils ont traitées pendant leur dernière maladie, sans doute, cette incapacité est encore accrue par ce fait que la présomption sur laquelle elle est basée est irréfragable, mais il convient de le remarquer : ce principe si rigoureux est en grande partie détruit par les exceptions que le Code a bien voulu y apporter. Par ailleurs, la jurisprudence très fréquemment en vue de favoriser les libéralités, a réussi à restreindre encore son champ d'application en interprétant restrictivement les textes prévoyants l'incapacité proprement dite et en donnant la plus large extension possible aux exceptions; et il est aisé de déterminer le champ d'application pratique de cette incapacité en disant qu'elle ne vise guère en fait que les dispositions universelles ou à titre universel adressées au médecin ou au ministre du culte traitant, les dispositions à titre particulier pouvant presque toujours être considérées comme rémunératoires et valables comme telles.

La loi et la jurisprudence, en permettant ainsi d'adresser au médecin ou au ministre du culte traitant des libéralités modérées et en n'annulant pratiquement que les dispositions présentant une certaine importance sont parvenues à très bien concilier ces deux idées contradictoires : qu'on doit d'un côté, annuler les libéralités à eux adressées, une captation étant à craindre de leur part, et que, d'un autre côté, il conviendrait cependant de les valider, ayant habituellement un but légitime, celui de les récompenser des services rendus.

On pourrait aller plus loin et supprimer purement et simplement cette incapacité, car elle apparaît comme exagérée et inefficace. Les médecins, pharmaciens et ministres du culte présentent, en effet, des garanties sérieuses de moralité, et la solution du Code allant jusqu'à présumer captées les libéralités à eux adressées, semble bien rigoureuse et injustifiée. Il serait plus opportun à l'heure actuelle de prendre des dispositions contre les escrocs qui parcourent nos campagnes et écument l'épargne publique. La présomption de l'article 909, par ailleurs, est la plupart du temps inefficace contre les captations et réussit, en pratique, à n'atteindre que les dispositions sérieuses. Les libéralités vraiment captées ne sont presque jamais, en effet, adressées ostensiblement sous forme de donation ou de legs, elles sont, en dehors des dons manuels, presque toujours simulées, soit qu'on les ait déguisées sous forme de contrat, soit qu'on les ait faites par personne interposée; or, pour ces dispositions les héritiers devront prou-

ver la simulation, chose qui ne sera pas toujours facile à faire. Au contraire, les libéralités sérieuses seront adressées ouvertement et ce seront elles qui tomberont sous l'application de l'article 909.

Il semblerait préférable que notre Droit admette la solution des codifications récentes et supprime purement et simplement cette incapacité.

---

Vu :

*Le Président de la thèse.*

ANDRÉ TRASBOT

Vu :

*Le Doyen,*

CH. BODIN

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur de l'Académie de Rennes,*

Rennes, le 17 juillet 1933

DAVY

# BIBLIOGRAPHIE


LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. XI, nos 339 à 359.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, nos 499 à 554.

AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, t. X.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil français*, t. III, nos 906 à 911.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. V par Trasbot, nos 237 à 244.

A. COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, nos 900 à 905.

JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, t. III, no 1420.

# TABLE DES MATIERES


Pages

INTRODUCTION . . . . . 5

PREMIÈRE PARTIE. — **Principe de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte en matière de libéralités** . . . . . 25

CHAPITRE PREMIER. — *Conditions de l'incapacité* . . . . . 26
*Section I.* — Nécessité d'un traitement . . . . . 26
§ 1. — Notion de traitement par les médecins, chirurgiens et pharmaciens . . . . . 27
§ 2. — Notion de traitement par les ministres du culte . . . . . 34
*Section II.* — Libéralité pendant la dernière maladie. 44
§ 1. — Notion de maladie . . . . . 46
§ 2. — Notion de dernière maladie . . . . . 50
*Section III.* — Concomittance entre traitement et libéralité pendant la dernière maladie . . . . . 64

CHAPITRE II. — *Champ d'application de l'incapacité* . . . 67
*Section I.* — Étendue de l'incapacité quant aux actes. 67
*Section II.* — Étendue de l'incapacité quant aux personnes . . . . . 74
§ 1. — Incapables visés directement par l'article 909 . . . . . 74
§ 2. — Incapables visés indirectement par l'article 911 . . . . . 100

CHAPITRE III. — *Sanction de l'incapacité* . . . . . 113

DEUXIÈME PARTIE. — **Exceptions au principe de l'incapacité des médecins, pharmaciens et ministres du culte en matière de libéralités** . . . . . 119

CHAPITRE PREMIER. — *Exception en faveur des dispositions rémunératoires* . . . . . 121

*Section I.*— Conditions de l'exception. Notions de libéralité rémunératoire . . . . . 122

*Section II.* — Champ d'application de l'exception. . 133

CHAPITRE II. — *Exception en faveur des proches parents du disposant* . . . . . 144

*Section I.* — Étendue de l'exception quant aux actes. 146

*Section II.* — Étendue de l'exception quant aux personnes . . . . . 148

CONCLUSION . . . . . 165

MAYENNE, IMPRIMERIE FLOCH. — 9-10-1933.